بيان حكم الطلاق الرجعي والبائن
ص/١٦٩
ص/١٣٥

عليهم
الله وسلامه
في الأنبياء صلوات
وطلب الطعن في نسب كثير
ص/٣٢

I

[illegible]

كتاب النكاح — فيما بيان صفة النكاح ١

فهرس المجلد الثامن البدايع

الجزء الثاني وهو تمام المصنف الاول
من بدائع الصنائع ولله الحمد

یا حفیظ یا ... یا الله یا الله

الجزء الثاني من البدائع كتاب النكاح

الكلام في هذا الكتاب في الاصل في اربعه مواضع في بيان صفة النكاح المشروع
وفي بيان ركن النكاح وفي بيان شرايط الركن وفي بيان حكم النكاح اما الاول
فنقول وبالله التوفيق لاخلاف في ان النكاح فرض حالة التوقان حتى ان من
تاقت نفسه الى النسا بحيث لا يمكنه الصبر عنهن وهو قادر على المهر والنفقه ولم يتزوج
يأثم واختلف فيما اذا لم تتق نفسه الى النسا على التفسير الذي ذكرنا قال نفاة
القياس مثل داود بن علي الاصبهاني وغيره من اصحاب الظواهر انه فرض عين بمنزلة
الصوم والصلاه وغيرهما من فروض الاعيان حتى ان من تركه مع القدرة على المهر
والنفقه والوطي يأثم وقال الشافعي انه مباح كالبيع والشرا واختلف
اصحابنا فيه قال بعضهم انه مندوب ومستحب واليه ذهب الكرخي وقال
بعضهم انه فرض كفايه اذا قام به البعض يسقط عن الباقين بمنزلة الجهاد وصلاة
الجنازه وقال بعضهم واجب ثم القايلون بالوجوب اختلفوا في كيفيه
الوجوب قال بعضهم انه واجب على سبيل الكفايه كرد السلام وقال
بعضهم انه واجب عينا لكن عملا لا اعتقادا على طريق التعيين كصدقة الفطر
والوتر والاضحيه احتج اصحاب الظواهر بظواهر النصوص من نحو قوله تعالى
فانكحوا ما طاب لكم من النسا وقوله وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم
وامايكم وقول النبي صلى الله عليه وسلم تزوجوا ولا تطلقوا فان الطلاق
يهتز له عرش الرحمن وقوله تناكحوا تكثروا فاني اباهي بكم الامم يوم القيمه
امر الله بالنكاح مطلقا والامر المطلق للفرضيه والوجوب قطعا الا ان يقوم
الدليل بخلافه ولان الامتناع من الزنا واجب ولا يتوصل اليه الا بالنكاح
وما لا يتوصل الى الواجب الا به يكون واجبا واحتج الشافعي بقوله تعالى
واحل لكم ما ورا ذلكم ان تبتغوا باموالكم اخبر عن احلال النكاح والحلال
والمباح من الاسما المترادفه ولانه قال واحل لكم ولفظه لكم تستعمل
في المباحات لان النكاح سبب يتوصل به الى قضا الشهوه فيكون مباحا
كشرى الجاريه للتسري بها وهذا لان اقتضا الشهوه ايصال النفع الى النفس
وليس يجب على الانسان ايصال النفع الى نفسه بل هو مباح في الاصل
كالاكل والشرب واذا كان مباحا لا يكون واجبا لما بينهما من التنافي والدليل

على ان النكاح ليس بواجب قوله تعالى وسيدا وحصورا ونبيا من الصالحين
وهذا خرج مخرج المدح ليحيى صلوات الله عليه بكونه حصورا والحصور الذي
لا ياتي النسا مع القدره ولو كان واجبا لما استحق المدح بتركه لان ترك الواجب
لان يذم عليه اولى من ان يمدح واحتج من قال من اصحابنا انه مندوب اليه
ومستحب بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من استطاع منكم
البآة فليتزوج ومن لم يستطع فليصم فان الصوم له وجا اقام الصوم
مقام النكاح والصوم ليس بواجب فدل ان النكاح ليس بواجب ايضا لان غير
الواجب لا يقوم مقام الواجب ولان في الصحابه من لم يكن له زوجه ورسول
الله صلى الله عليه وسلم على علم منه بذلك ولم ينكر عليه فدل انه ليس بواجب
ومن قال منهم انه فرض او واجب على سبيل الكفايه احتج بالاوامر الوارده
في باب النكاح والامر المطلق للفرضيه والوجوب قطعا والنكاح لا يحتمل
ذلك على طريق التعيين لان كل واحد من احاد الناس لو تركه لا ياثم فيحمل على
الفرضيه والوجوب على طريق الكفايه فاشبه الجهاد وصلاة الجنازه
ورد السلام ومن قال منهم انه واجب عينا لكن عملا لا اعتقادا على طريق
التعيين يقول صيغة الامر المطلقه عن القرينه تحتمل الفرضيه وتحتمل
الندب لان الامر دعا وطلب ومعنى الدعا والطلب موجود في كل واحد
منهما فيوتى بالفعل لا محاله وهو تفسير وجوب العمل ونعتقد على الابهام
ان ما اراد الله بالصيغه من الوجوب القطعي او الندب فهو حق لانه
ان كان واجبا عند الله تعالى يخرج عن العهده بالفعل قيام الصوره
وان كان مندوبا يحصل له الثواب فكان القول بالوجوب على هذا
الوجه اخذا بالثقه والاحتياط واحترازا عن الضرر بالقدر الممكن
وانه واجب شرعا وعقلا وعلى هذا الاصل بنا اصحابنا من قال ان
النكاح فرض او واجب ان الاشتغال به مع ادا الفرايض والسنن اولى
من التخلي لنوافل العبادات مع ترك النكاح وهو قول اصحاب الظواهر
ان الاشتغال بالفرض والواجب كيف ما كان اولى من الاشتغال
بالتطوع ومن قال منهم انه مندوب ومستحب فانه يرجحه على النوافل
من وجوه احدها انه سنه قال صلى الله عليه وسلم النكاح سنتي والسنن
مقدمة على النوافل بالاجماع ولانه اوعد على ترك السنه بقوله من رغب
عن سنتي فليس مني ولا وعيد على ترك النوافل والثاني انه فعله صلى الله
عليه وسلم وواظب عليه اي داوم وثبت عليه بحيث لم يخل عنه بل كان
يزيد عليه حتى تزوج عدد ما ابيح له من النسا ولو كان التخلي للنوافل افضل
لما فعل لان الظاهر ان الانبيا صلوات الله عليهم لا يتركون الافضل فيما
له حد معلوم لان ترك الافضل فيما له حد معلوم عدد له منهم واذا ثبت

افضلية النكاح في حق النبي صلى الله عليه وسلم ثبت في حق الامه لان الاصل
في الشرايع هو العموم والخصوص بدليل **والثالث** انه سبب يتوصل به الي
مقصود هو مفضل على النوافل لانه سبب لصيانة النفسين عن الفاحشة
وسبب لصيانة نفسها عن الهلاك بالنفقة والسكنى واللباس لعجزها عن
الكسب وسبب لحصول الولد الموحد وكل واحد من هذه المقاصد مفضل
على النوافل فكذا السبب الموصل اليه كالجهاد والقضاء وعند الشافعي التخلي
اولي وتخريج المسيله على اصله ظاهر لان النوافل مندوب اليها وكانت
مقدمه على المباح وما ذكر من دلايل الاباحه والحل فنحن نقول بموجبها
ان النكاح مباح وحلال في نفسه لكنه واجب لغيره او مندوب ومستحب
لغيره من حيث انه صيانة للنفس عن الزنا ونحو ذلك على ما بينا ويجوز
ان يكون الفعل الواحد حلالا لجهة اوواجبا او مندوبا الي جهة اذ لا
تنافي عند الاختلاف الجهتين واما قوله تعالى وسيدا وحصورا ونبيا من
الصالحين فاحمد التخلي للنوافل كان افضل من النكاح في شريعته ثم نسخ ذلك
في شريعتنا بما ذكر من الدلايل والله اعلم **فصل** واما ركن النكاح
فهو الايجاب والقبول وذلك بالفاظ مخصوصة او ما يقوم مقام اللفظ
فيقع الكلام في هذا الفصل في اربعه مواضع **احدها** في بيان اللفظ
الذي ينعقد النكاح به بحروفه **والثاني** في بيان صيغة ذلك اللفظ
والثالث في بيان ان النكاح هل ينعقد بعاقد واحد او لا ينعقد
الا بعاقدين **والرابع** في بيان صفة الايجاب والقبول **اما** بيان
اللفظ الذي ينعقد النكاح بحروفه **فنقول** وبالله التوفيق **لا خلاف** ان النكاح
ينعقد بلفظة الانكاح والتزويج وهل ينعقد بغيرهما **قال** الشافعي لا ينعقد الا
بلفظ الانكاح والتزويج **واحتج** بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال اتقوا الله في النساء فانهن عندكم عوان اخذتموهن بامانة الله
واستحللتم فروجهن بكلمة الله وكلمة الله التي احل الفروج بها في كتابه لفظة
الانكاح والتزويج فقط **قال** الله تعالى وانكحوا الايامى منكم **وقال**
زوجناكها ولان الحكم الاصلي للنكاح هو الازدواج والملك ثبت وسيلة
اليه فوجب اختصاصه بلفظ يدل على الازدواج وهو لفظ التزويج والانكاح
لا غير **ولنا** انه انعقد نكاح رسول الله صلى الله عليه وسلم بلفظ الهبة
فينعقد به نكاح امته ودلالة الوصف قوله تعالى وامراة مؤمنة
ان وهبت نفسها للنبي ان اراد النبي ان يستنكحها معطوف على قوله
يا ايها النبي انا احللنا لك ازواجك اخبر ان المراة المؤمنة التي وهبت
نفسها للنبي صلى الله عليه وسلم عند استنكاحه اياها حلال له وما كان
مشروعا في حق النبي صلى الله عليه وسلم يكون مشروعا في حق امته هو الاصل

في شريعتنا بالجهاد
بما شرعت الرهبانية والحصانة
وفي الزيلعي لان العبرة افضل من العزلة
ان فكان التزوج افضل من التجرد
في شريعة يحيى ثم نسخ في شريعتنا
مطلب التزوج افضل من التخلي

مطلب اركان النكاح
اثنان
ايجاب وقبول

حتى

حتى يتوهم دليل الخصوص **فان قيل** قد قام دليل الخصوص ههنا وهو
قوله خالصة لك من دون المؤمنين **فالجواب** ان المراد خالصة لك
من دون المؤمنين بغير اجر فالخلوص يرجع الى الاجر لا الى لفظ الهبة
لوجوه **احدها** ما ذكر عقيبه وهو قوله قد علمنا ما فرضنا عليهم في
ازواجهم وما ملكت ايمانهم فدل ان خلوص تلك المراة له كان بالنكاح بلا
عوض منه **والثاني** انه قال لكي لا يكون عليك حرج ومعلوم انه لا حرج
كان يلحقه في نفس العباره وانما الحرج في اعطا البدل **والثالث** انه
خرج هذا مخرج الامتنان عليه ولا منة في لفظ الهبة ليتسع تلك في لفظة
التزويج فدل ان المنة فيما صارت له بلا مهر فانصرف الخروج اليه ولان
الانعقاد بلفظة الانكاح والتزويج لحكم لكونه لفظا موضوعا لحكم اصل
الانكاح شرعا وهو الازدواج وانه لم يشرع بدون الملك فان
اتى به يثبت الازدواج باللفظ ويثبت الملك الذي يلازمه شرعا ولفظ
التمليك موضوع لحكم اخر اصلي للنكاح وهو الملك وهو غير مشروع
في النكاح بدون الازدواج فاذا اتى به يجب ان يثبت به الملك ويثبت
الازدواج الذي يلازمه شرعا استدلالا لاحد اللفظين بالاخر
وهذا لانهما حكمان متلازمان شرعا ولم يشرع احدهما بدون الاخر فاذا ثبت
احدهما يثبت الاخر ضروره ويكون الرضا باحدهما رضا بالاخر **واما الحديث**
فنقول بموجبه **لكن** لم قلتم ان استحلال الفروج بهذه الالفاظ استحلال
بغير كلمة الله فيرجع الكلام الى تفسير الكلمة المذكوره **فنقول** كلمة الله تحتمل
حكم الله كقوله تعالى ولولا كلمة سبقت من ربك فلم قلتم بان جواز النكاح
بهذه الالفاظ ليس حكم الله **والدليل** على ان حكم الله ما ذكرنا من الدلايل مع
ان كل لفظ جعل علما على حكم شرعي فهو حكم الله تعالى واضافة الكلمة الى الله تعا
باعتبار ان الشارع هو الله تعالى فهو الجاعل اللفظ سببا لثبوت هذا الحكم
شرعا وكان كلمة الله تعالى من هذا الوجه على ان الاستحلال بكلمة الله تعالى لا ينفي
الاستحلال بكلمة الله فكان مسكوتا عنه فلا يصح الاحتجاج به ولا ينعقد
النكاح بلفظ الاجاره عند عامة مشايخنا **والاصل** عند اصحابنا ان
النكاح لا ينعقد الا بلفظ موضوع لتمليك العين هكذا روي عن ابن رستم
عن محمد انه كل لفظة تكون في الامة تمليكا للرقبة فهو في الحرة نكاح **وحكي** عن
الكرخي انه ينعقد بلفظ الاجاره بقوله تعالى فاتوهن اجورهن سمى الله
الاجاره المهر اجرا ولا اجر الا بالاجاره فلو لم تكن الاجاره نكاحا لم
يكن المهر اجرا **وجه قول العامة** ان الاجاره عقد موقت الا ترى ان
التابيد يبطلها والنكاح عقد مؤبد بدليل ان التوقيت يبطله وانعقاد
العقد بلفظ يتضمن المنع من انعقاده ممتنع ولان الاجاره تمليك المنفعة

ومنافع البضع في حكم الاجزاء والاعيان فكيف يثبت ملك العين بتمليك المنفعة
ولا ينعقد بلفظ الاعارة لان الاعارة اذا كانت اباحة المنفعة فالنكاح لا
ينعقد بلفظة الاباحة لانعدام معنى التمليك اصلا وان كانت تمليك المنفعة
فالنكاح لا ينعقد الا بلفظ موضوع لتمليك الرقبة ولم يوجد **واختلف** المشايخ
في لفظ القرض قال بعضهم لا ينعقد لانه في معنى الاعارة وقال بعضهم ينعقد
لانه يثبت به الملك في العين لان المستقرض يصير مالكا للمستقرض ٥
وكذا اختلفوا في لفظ السلم قال بعضهم لا ينعقد لان السلم في الحيوان لا يصح
وقال بعضهم ينعقد لانه يثبت به ملك الرقبة والسلم في الحيوان ينعقد
عندنا حتى لو اتصل به القبض يفيد الملك ملكا فاسدا لكن ليس كل ما يفسد
البيع يفسد النكاح **واختلفوا** ايضا في لفظ الصرف قال بعضهم
لا ينعقد به لانه وضع لاثبات الملك في الدراهم والدنانير التي لا تتعين
بالتعيين والمعقود عليه ههنا يتعين بالتعيين وقال بعضهم ينعقد
لانه يثبت به ملك العين في الجملة واما لفظ الوصية فلا ينعقد به عند
عامة مشايخنا ان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت والنكاح المضاف
الى زمان في المستقبل لا يصح وحكي عن الطحاوي انه ينعقد لانه يثبت به
ملك الرقبة في الجملة **و**حكي ابو عبد الله البصري عن الكرخي انه ان قيد ٥
الوصية بالحال بان قال اوصيت لك بابنتي هذه الان ينعقد لانه اذا قيد
بالحال صار مجازا عن التمليك ولا ينعقد بلفظ الاحلال والاباحة لانه ٥
لا يدخل يدل على الملك اصلا الا ترى ان المباح له الطعام يتناوله على
حكم ملك المبيح حتى كان له حق الحجر والمنع ولا ينعقد بلفظ المتعة لانه لم يوضع
للتمليك ولان المتعة عقد مفسوخ لما نبين في موضعه ان شاء الله تعالى ٥
ولو اضاف الهبة الى الامة بان قال لرجل وهبت امتي هذه منك فان
كان الحال يدل على النكاح من احضار الشهود وتسمية المهر موجلا ومعجلا
ونحو ذلك ينصرف الى النكاح وان لم يكن الحال دليلا على النكاح فان نوى
النكاح وصدقه الموهوب له فكذلك ينصرف الى النكاح بقرينة النية
وان لم ينو ينصرف الى ملك الرقبة والله اعلم **ثم** النكاح كما ينعقد بهذه
الالفاظ بطريق الاصالة ينعقد بها بطريق النيابة بالوكالة والرسالة
لان تصرف الوكيل كتصرف الموكل وكلام الرسول كلام المرسل **والاصل**
في جواز الوكالة في باب النكاح ما روي ان النجاشي زوج رسول الله صلى
الله عليه وسلم ام حبيبة رضي الله عنها فلا يخلو اما ان فعل ذلك بامر النبي
صلى الله عليه وسلم او لا بامره فان فعل بامره فهو وكيله وان فعل بغير
امره فقد اجاز النبي صلى الله عليه وسلم اللاحقة عقده الاجازة اللاحقة
كالوكالة السابقة وكما ينعقد النكاح بالعبارة ينعقد بالاشارة من الاخرس

اذا كانت اشارة معلومة وينعقد بالكتابة لان الكتاب من الغايب خطاب
واما بيان صيغة اللفظ الذي ينعقد به النكاح **فنقول** وبالله التوفيق
لا خلاف في ان النكاح ينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي كقوله زوجت ٥
وتزوجت وما يجري مجراه واما بلفظين يعبر باحدهما عن الماضي وبالاخر
عن المستقبل كما اذا قال رجل لرجل زوجني بنتك او قال جئتك لتزوجني
بنتك فقال الاب قد زوجتك او قال لامراة ازوجك على الف درهم فقالت
قد تزوجتك على ذلك او قال لها زوجيني او انكحيني نفسك فقالت زوجت
او انكحت ينعقد استحسانا والقياس ان لا ينعقد لان لفظ الاستقبال
عدة والامر من فروع الاستقبال فلم يوجد الاستقبال ايجاب الا انهم ٥
تركوا القياس لما روي ان بلالا خطب قوما من الانصار فابوا ان يزوجوه
فقال لولا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امرني ان اخطب اليكم لما
خطبت فقالوا له ملكت ولم ينقل ان بلالا اعاد القول ولو فعل ٥
لنقل ولان الظاهر انه اراد الايجاب لان المساومة لا تتحقق في
النكاح عادة فكان محمولا على الايجاب بخلاف البيع فان السوم ٥
معتاد فيه فيحمل اللفظ عليه فلا بد من لفظ اخر يتادى به الايجاب ٥
واما بيان ان النكاح هل ينعقد بعاقد واحد او لا ينعقد الا بعاقدين
فقد اختلف في هذا الفصل قال اصحابنا رحمهم الله تعالى ينعقد ٥
بعاقد واحد اذا كانت له ولاية من الجانبين سواء كانت ولايته
اصلية كالولاية الثابتة بالملك والقرابة او دخيلة كالولاية الثابتة
بالوكالة بان كان العاقد مالكا من الجانبين كالمولى اذا زوج امته ٥
من عبده او كان وليا من الجانبين كالجد اذا زوج بنت ابنه الصغير
من ابن ابنه الصغير والاخ اذا زوج بنت اخيه الصغيرة من ابن
اخيه الصغير او كان اصيلا ووليا كابن العم اذا زوج بنت عمه من
نفسه او كان وليا من الجانبين او وليا من جانب ووكيلا من جانب
او وكلت امراة رجلا ليزوجها من نفسه او وكل رجل امراة لتزوج
نفسها منه وهذا مذهب اصحابنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله لا ينعقد
النكاح بعاقد واحد اصلا وقال الشافعي لا ينعقد الا اذا كان وليا
من الجانبين ولقب المسئلة ان الواحد هل يجوز ان يتولى النكاح من الجانبين ام لا
ووجه قول زفر والشافعي ان ركن النكاح اسم لشطرين مختلفين وهو
الايجاب والقبول فلا يقوما الا بعاقدين كشطري البيع
الا ان الشافعي يقول في الولي ضرورة لان النكاح لا ينعقد بلا ولي فاذا
كان الولي متعينا فلو لم يجز نكاح المولية لامتنع نكاحها اصلا وهذا لا يجوز
وهذه الضرورة منعدمة في الوكيل لا يجوز **ولنا قوله تعالى**

ويستفتونك في النساء قل الله يفتيكم فيهن وما يتلى عليكم في الكتاب في يتامى النساء اللاتي لا تؤتونهن ما كتب لهن وترغبون ان تنكحوهن قيل نزلت الاية في يتيمة في حجر وليها وهي ذات مال **وجه** الاستدلال بالاية ان قوله تعالى لا تؤتونهن ما كتب لهن وترغبون ان تنكحوهن خرج مخرج العتاب فيدل على ان الولي يقوم بنكاح وليته وحده اذ لو لم يقم به وحده لكان لم يكن للعتاب معنى لما فيه من الحاق العتاب بامر لا يتحقق وقوله تعالى وانكحوا الايامى منكم امرا بالانكاح مطلقا من غير فصل بين الانكاح من غيره او من نفسه ولان الوكيل في باب النكاح ليس بعاقد بل هو سفير عن العاقد ومعبر عنه بدليل ان حقوق النكاح والعقد لا ترجع الى الوكيل واذا كان معبرا عنه وله ولاية على الزوجين فكانت عبارته كعبارة الموكل فصار كلامه ككلام شخصين فيصير الجابه كلاما للمراة كانها قالت زوجت نفسي من فلان وكلامه فيقوله كلاما للزوج كانه قال قبلت فيقوم العقد باثنين حكما والثابت حكما ملحق بالثابت حقيقة واما البيع فلو احد فيه اذا كان وليا يقوم مقام العقد كالاب يشتري مال الصغير لنفسه او يبيع مال ابنه الصغير من ابنه الصغير او يشتري الا انه اذا كان وكيلا لا يقوم بهما لان حقوق العقد مقتصرة على العاقد فلا يصير كلام العاقد كلام شخصين ولان حقوق البيع اذا كانت مقتصرة على العاقد وللبيع احكام متضادة من التسليم والقبض والمطالبة فلو تولى طرفي العقد لصار الشخص مطالبا ومطالبا ومسلما ومتسلما وهذا ممتنع والله اعلم **واما** صفة الايجاب والقبول فهي ان لا يكون احدهما لازما قبل وجود الاخر حتى لو وجد الايجاب من احد العاقدين كان له ان يرجع قبل قبول الاخر كما في البيع لانهما جميعا ركن واحد فكان احدهما بعض الركن والمركب عن شيء لا وجود له باحدهما

فصل واما شرائط الركن فانواع بعضها شرط الانعقاد وبعضها شرط الجواز والنفاذ وبعضها شرط اللزوم اما شرائط الانعقاد فنوعان **نوع** يرجع الى العاقد **ونوع** يرجع الى مكان العقد اما الذي يرجع الى العاقد فالعقل فلا ينعقد نكاح المجنون والصبي الذي لا يعقل لان العقل من شرائط اهلية التصرف فاما البلوغ فشرط النفاذ عندنا لا شرط الانعقاد على ما نذكر واما تعدد العاقد فليس بشرط لانعقاد النكاح خلافا لزفر على ما مر واما الذي يرجع الى مكان العقد فهو اتحاد المجلس اذا كان العاقدين حاضرين وهو ان يكون الايجاب والقبول في مجلس واحد حتى لو اختلف المجلس لا ينعقد النكاح بان

مطلب صفة الايجاب والقبول

بعبارة اخرى شرط النكاح

مطلب شرائط ركن النكاح

صفة الانعقاد

كانا حاضرين فاوجب احدهما فقام الاخر عن المجلس قبل القبول او اشتغل بعمل يوجب اختلاف المجلس لا ينعقد لان الانعقاد عبارة عن ارتباط احد الشطرين بالاخر فكان القياس وجودهما في زمان واحد الا ان اعتبار ذلك يؤدي الى سد باب العقود فجعل المجلس جامعا للشطرين حكما مع تفرقهما حقيقة للضرورة والضرورة تندفع عند اتحاد المجلس فاذا اختلف تفرق الشطران حقيقة وحكما فلا ينتظم الركن واما الفور فليس من شرائط الانعقاد عندنا وعند الشافعي هو شرط والمسئلة مرت في كتاب البيوع **وعلى هذا** يخرج ما اذا تناكحا وهما يمشيان او يسيران على الدابة وهو على التفصيل الذي ذكرنا في كتاب البيوع وذكر الفرق هناك بين المشي والسير على الدابة وبين جريان السفينة **هذا** اذا كان العاقدان حاضرين فاما اذا كان احدهما غائبا لم ينعقد حتى لو قالت امراة بحضرة شاهدين زوجت نفسي من فلان وهو غائب فبلغه الخبر فقال قبلت او قال رجل بحضرة شاهدين تزوجت فلانة وهي غائبة فبلغها الخبر فقالت زوجت نفسي منه لم يجز وان كان القبول بحضرة ذينك الشاهدين وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف ينعقد ويتوقف على اجازة الغائب **وجه قول ابي يوسف** ينعقد ويتوقف ان كلام الواحد يصلح ان يكون عقدا في باب النكاح لان الواحد في هذا الباب يقوم بالعقد من الجانبين كما لو كان مالكا من الجانبين او وليا او وكيلا وكان كلامه عقدا لا شطرا فكان محتملا للتوقف كما في الخلع والطلاق والاعتاق على مال **وجه قولهما** ان هذا شطر العقد حقيقة لا كله لانه لا يملك كله لانعدام الولاية وشرط العقد لا يقف على غائب عن المجلس كالبيع ولان الشطر لا يحتمل التوقف حقيقة لان الوقوف في الاصل على خلاف الحقيقة لصدوره عن الولاية على الجانبين فيصير كلامه بمنزلة كلام شخصين حكما فاذا انعدمت الولاية فلا ضرورة الى تغيير الحقيقة فلا يقف بخلاف الخلع لانه من جانب الزوج يمين لان تعليق الطلاق بقبول المراة وانه يمين فكان عقدا تاما ومن جانب المراة معاوضة فلا يحتمل التوقف كالبيع وكذلك الطلاق والاعتاق على مال ولو ارسل اليها رسولا وكتب اليها بذلك كتابا فقبلت بحضرة شاهدين سمعا كلام الرسول وقراءة الكتاب جاز ذلك لاتحاد المجلس من حيث المعنى لان كلام الرسول كلام المرسل لانه ينقل عبارة المرسل وكذا الكتاب بمنزلة الخطاب من الكاتب فكان سماع قول الرسول وقراءة الكتاب سماع قول المرسل وكلام الكاتب معنى وان لم يسمعا كلام الرسول وقراءة الكتاب لا يجوز عندهما وعند ابي يوسف

عند الطرفين

شاهدين

اذا قالت زوجت نفسي شطر العقد عندهما والشهادة في شطري العقد شرطه لانه يصير عقدا بالشطرين واذا لم يسمعا كلام الرسول وقراة الكتاب فلم توجد الشهادة على الكتاب العقد وقول الزوج بانفراده عنده وقد حضره الشاهدان **وعلى** هذا الخلاف الفضولي الواحد من الجانبين بان قال الرجل زوجت فلانه من فلان وهما غايبان لم ينعقد عندهما حتى لو بلغهما الخبر فاجازا لم تجز وعنده ينعقد ويجوز بالاجازه ولو قال الفضولي زوجت فلانه من فلان وهما غايبان فقبل فضولي اخر عن الزوج ينعقد بلا خلاف بين اصحابنا حتى اذا بلغهما الخبر واجاز جاز ولو فسخ فضولي العقد قبل اجازه من وقف العقد على اجازته صح الفسخ في قول ابي يوسف وعند محمد لا يصح **وجه قوله** انه بالفسخ متصرف في حق غيره فلا يصح ودلالة ذلك ان العقد قد انعقد في حق المتعاقدين فيتعلق به حق من وقف على اجازته لان الحكم عند الاجازه تثبت بالعقد السابق فكان هو بالفسخ متصرفا في محل تعلق به حق الغير فلا يصح فسخه بخلاف الفضولي اذا باع ثم فسخ قبل اتصال الاجازه به انه يجوز لان الفسخ هناك تصرف دفع الحقوق عن نفسه فيصح كالمالك اذا اوجب البيع او النكاح انه يملك الرجوع قبل قبول الاخر لما قلنا كذا هذا **وجه قول ابي يوسف** ان العقد قبل الاجازه غير منعقد في حق الحكم وانما انعقد في حق المتعاقدين فقط فكان الفسخ منه قبل الاجازه تصرفا في كلام نفسه بالنقض فجاز في البيع

فصل واما شرايط الجواز والنفاذ فانواع **منها** ان يكون العاقد بالغا فان نكاح الصبي وان كان منعقدا على اصل اصحابنا فهو غير نافذ بل نفاذه موقوف على اجازة وليه لان نفاذ التصرف لاشتماله على وجه المصلحة والصبي لقلة تامله لاشتغاله باللهو واللعب لا يقف على ذلك فلا ينعقد تصرفه بل يتوقف على اجازة وليه فلا يتوقف على بلوغه حتى لو بلغ قبل ان يجيزه الولي لا ينفذ بالبلوغ لان العقد انعقد موقوفا على اجازة الولي ورضاه لسقوط اعتبار رضى الصبي شرعا وبالبلوغ زالت ولاية الولي فلا ينفذ ما لم يجزه بنفسه وعند الشافعي رحمه الله لا ينفذ تصرفات الصبي اصلا بل هي باطله **وقد** ذكرنا المسئله في كتاب الماذون **ومنها** ان يكون حرا فلا يجوز نكاح مملوك عاقل بالغ الا باذن سيده **والاصل فيه** قوله صلى الله عليه وسلم ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر **و**الكلام في هذا الشرط يقع في مواضع **في** بيان ان اذن المولى شرط جواز نكاح المملوك لا يجوز من غير اذنه او اجازته **وفي** بيان ما يكون اجازة له **وفي** بيان

نكاح المملوك

ما يملكه من النكاح بعد الاذن **وفي** بيان حكم المهر في نكاحه **اما الاول** فلا يجوز نكاح مملوك بغير اذن مولاه وان كان بالغا عاقلا سوا كان قنا او مدبرا او مدبره او ام ولد او مكاتبا او مكاتبه اما القن فان كان امه فلا يجوز نكاحها بغير اذن سيدها بلا خلاف لان منافع بضعها مملوكه لسيدها ولا يجوز التصرف في غير ملك الغير بغير اذنه وكذلك المدبره وام الولد لما قلنا وكذلك المكاتبه لان ملك المولى رقبتها وملك المنفعه يتبع ملك الرقبه الا انه منع من الاستمتاع بها لزوال ملك اليد وفي الاستمتاع اثبات ملك اليد ولان من الجايز انها تعجز وترد الى الرق فتعود قنة كما كانت فتبين ان نكاحها صادف ملك المولى فلم يصح وان كان عبدا فلا يجوز نكاحه ايضا عند عامة العلما **وقال** مالك يجوز **وجه قوله** ان منافع بضع العبد لا تدخل تحت ملك المولى وكان العبد فيها مبقى على اصل الحريه والمولى اجنبيا عنها فيملك النكاح كالحر بخلاف الامه لان منافع بضعها ملك المولى فمنعت من التصرف فيها بغير اذنه **ولنا** ان العبد بجميع اجزايه ملك المولى لقوله تعالى ضرب لكم مثلا من انفسكم هل لكم مما ملكت ايمانكم من شركا فيما رزقناكم فانتم فيه سوا اخبر ان العبيد لا يستووا شركا فيما رزق السادات ولا هم يستوون في ذلك ومعلوم انه ما اراد به نفي الشركه في المنافع لاشتراكهم فيها دل انه اراده نفي حقيقة الملك ولقوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا والعبد اسم لجميع اجزايه ولان سبب الملك اضيف الى كله فيثبت الملك في كله الا انه منع من الانتفاع ببعض اجزايه وهذا لا يمنع ثبوت الملك له كالوطء في الامة المجوسيه وغير ذلك فكان هو بالنكاح متصرفا في ملك مولاه فلا يجوز كما لا يجوز نكاح الامه **والدليل** عليه قوله تعالى لا يقدر على شي وصف العبد المملوك بانه لا يقدر على شي ومعلوم انه ما اراد القدره الحقيقيه لانها ثابته فتعين القدرة الشرعيه وهي اذن الشرع واطلاقه فكان نفي القدره الشرعيه نفيا للاذن والاطلاق ولا يجوز اثباته التصرف الشرعي بغير اذن الشرع وكذلك المدبره لانه عبد مملوك وكذلك المكاتب عبد ما بقي عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه كان محجورا عن التزوج قبل الكتابه وعقد الكتاب ما افاد الا الاذن بما يتوصل به الى اداء بدل الكتابه وهي الكسب والتزوج لا يوصله الى ذلك بل تلزمه الغرامه فيبقى في النكاح على اصل الحجر وكذلك الماذون في التجاره لانه عبد مملوك ولانه كان محجورا قبل الاذن بالتجاره والنكاح ليس من التجاره لان التجاره معاوضة المال بالمال والنكاح معاوضة البضع بالمال

والنكاح معاوضة البضع بالمال **والدليل عليه** ان المراة اذا زوجت نفسها
على عبد تنوي ان يكون العبد للتجارة ولو كان النكاح من التجارة لكان بدل البضع
للتجارة كالبيع **واما** معتق البعض فلا يجوز نكاحه عند ابي حنيفة لانه بمنزلة المكاتب
عنده وعند ابي يوسف ومحمد يجوز لانه بمنزلة حر عليه دين عندهما ولا يجوز
للعبد ان يتسرى وان اذن له مولاه لان حل الوطي لا يثبت الا باحد الملكين
قال الله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت
ايمانهم فانهم غير ملومين ولم يوجد وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال لا يتسرى العبد ولا يتسرى به بسرية مولاه ولا يملك العبد ولا المكاتب
شيئا الا الطلاق وهذا نص ولو تزوج بغير اذن المولى واحد ممن ذكرنا انه
لا يجوز تزوجه الا باذن مولاه ثم اجاز المولى النكاح جاز لان العقد صدر
من العقد في المحل الا انه امتنع النفاذ لحق المولى فاذا اجاز المولى النكاح فقد
زال المانع **واما** بيان ما يكون اجازة فالاجازة قد تثبت بالصريح
اما النص فهو التصريح بلفظة الاجازة وما يجري مجراها نحو ان يقول اجزت
او رضيت او اذنت ونحو ذلك **واما** الدلالة وهي قول او فعل يدل على
الاجازة مثل ان يقول المولى اذا اخبر بالنكاح حسن او صواب او لا باس
به ونحو ذلك او يسوق الى المراة المهر او نحو ذلك او شيئا منه في نكاح العبد
ونحو ذلك مما يدل على الرضا ولو قال المولى طلقها او فارقها لم يكن اجازة
لان قوله طلقها او فارقها يحتمل حقيقة الطلاق والمفارقة ويحتمل التاركة
لان مفارقة النكاح الفاسد والنكاح الموقوف يسمى طلاقا او مفارقة
فوقع الشك والاحتمال في ثبوت الاجازة فلا يثبت بالشك والاحتمال
ولو قال طلقها تطليقة تملك الرجعة فهو اجازة يحتمل التزداد اذ لا رجعة
في المتاركة في النكاح الموقوف وفسخه **واما** الضرورة فنحو ان يعتق
المولى العبد او الامة فيكون الاعتاق اجازة ولو اذن له بالنكاح
لم يكن الاذن بالنكاح اجازة **ووجه الفرق** بينهما من وجهين احدهما
انه لو لم يجعل الاعتاق اجازة لكان لا يخلو اما ان يبطل النكاح الموقوف
واما ان يبقى موقوفا على الاجازة ولا سبيل الى الاول لان النكاح صدر من
الاهل في المحل فلا يبطل الا بابطال من له ولاية الابطال ولم يوجد ولا
سبيل الى الثاني لانه لو بقي موقوف على الاجازة فاما ان يبقى موقوفا على
اجازة المولى او على اجازة العبد لان ~~اجازة الاول~~ لا وجه للاول لان
ولاية الاجازة انما تثبت له بالملك وقد زال بالاعتاق ولا وجه للثاني
لان العقد وجد من العبد فكيف يتوقف عقد الانسان على اجازته واذا
بطلت هذه الاقسام وليس ها هنا قسم اخر لزم ان يجعل الاعتاق اجازة
ضرورة وهذه الضرورة لم توجد في الاذن بالنكاح **والثاني** ان امتناع

النفاذ

النفاذ من صدور التصرف من الاهل في المحل لقيام حق المولى وهو الملك نظرا
له دفعا للضرر عنه وقد زال ملكه بالاعتاق فزال المانع من النفوذ والاذن
بالتزوج لا يوجب زوال المانع وهو الملك بالاذن اقامه مقام نفسه في النكاح
كانه هو ثم ثبوت ولاية الاجازة انما تثبت له بالملك وقد زال بالاعتاق
ولا وجه للثاني لم يكن المانع وهو الملك لكنه بالاذن اقامه مقام نفسه
في النكاح كانه هو ثم ثبوت ولاية الاجازة لم يكن اجازة ما لم يجز فكذا العبد
ثم اذا لم يكن نفس الاذن من المولى بالنكاح اجازة لذلك العقد
فان اجاز العبد جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز وان اجازه
وجه القياس انه ماذون بالعقد والاجازة مع العقد متغايران
اسما وصورة وشرطا اما الاسم والصورة فلا شك في تغايرهما
واما الشرط فان محل العقد المعقود ومحل الاجازة نفس العقد وكذا
الشهادة شرط العقد لا شرط الاجازة والاذن باحد المتغايرين
لا يكون اذنا بالاخر **وجه الاستحسان** ان العبد اتى ببعض ما هو
ماذون فيه فكان متصرفا عن اذن فيجوز تصرفه ودلالة ذلك
ان المولى اذن له بعقد نافذ فكان ماذونا بتحصيل اصل العقد
ووصفه وهو النفاذ وقد حصل النفاذ فيحصل ولهذا لو زوج
فضولي هذا العبد امراة بغير اذن المولى فاجاز العبد نفذ العقد
دل ان ينفذ العقد بالاجازة ماذون فيه من قبل المولى فينفذ باجازته
ثم اذا انفذ النكاح بالاعتاق وهي امة فلا خيار لها لان النكاح نفذ
بعد العتق فالاعتاق لم يصادفها وهي منكوحة والمهر لها ان لم يكن
الزوج دخل بها قبل الاعتاق والمهر للمولى هذا اذا اعتقها وهي كبيرة
فاما اذا كانت صغيرة فاعتقها فان الاعتاق لا يكون اجازة ويبطل
العقد عند زفر وعندنا يبقى موقوفا على اجازة المولى ان لم يكن
لها عصبة يتوقف على اجازة العصبة ويجوز باجازة العصبة
ثم ان كان المجيز غير الاب والجد فلها خيار الادراك لان العقد
نفذ عليها في حالة الصغر وهي حرة وان كان المجيز ابوها او جدها
لا خيار لها ولو مات المولى قبل الاجازة فان ورثها من يحل له
وطيها بطل النكاح الموقوف لان الحل النافذ قد طرا على الموقوف
لوجود سبب الحل وهو الملك **قال الله تعالى** والذين هم لفروجهم
حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين ومن
ضرورة ثبوت الحل له ارتفاع الموقوف وان ورثها من لا يحل له وطيها
بان كان الوارث ابن الميت وان وطيها او كانت الامة اخته من الرضاع
او ورثها جماعة فللوارث الاجازة لانه لم يوجد طريان الحل

فيبقي الموقوف على حاله وكذلك اذا باعها المولى قبل الاجازه فهو على ه
التفصيل الذي ذكرنا في الوارث **وعلي هذا** قالوا فيمن تزوج جارية غيره بغير
اذنه ووطيها ثم باعها المولى من رجل ان للمشتري الاجازه لان الزوج يمنع
حل الوطي للمشتري واما العبد اذا تزوج بغير اذن المولى فمات المولى
او باعه قبل الاجازه فللوارث والمشتري الاجازه لانه لا يتصور حل
الوطي هنا فلم يوجد طريان حل فيبقي الموقوف بحاله وهذا الذي ذكرنا
قول اصحابنا الثلاثه وقال زفر لا يجوز باجازة الوارث والمشتري
بل يبطل والاصل فيه ان العقد الموقوف على اجازة انسان يحتمل ه
الاجازه من قبل غيره عندنا وعنده لا يحتمل **وجه قوله** ه
ان الاجازه انما تلحق الموقوف لانها تنفيذ الموقوف فانما يلحقه على الوجه
الذي توقف وانما وقف على الاول لا على الثاني فلا يملك الثاني ه
تنفيذه **ولنا** انه انما وقف على اجازة الاول لان الملك له
وقد صار الملك للثاني فينتقل الاجازة الي الثاني وهذا لان المالك
يملك انشا النكاح باصله ووصفه وهو النفاذ فلان يملك تنفيذ
النكاح الموقوف ولانه اثبات الوصف دون الاصل اولى ولو زوجت
المكاتبه نفسها بغير اذن المولى حتى وقف على اجازته فاعتقها ه
نفذ العقد ولا خيار فيه لما ذكرنا في الامة القنه وكذلك اذا
ادت فعتقت وان عجزت فان كان بضعها يحل للمولى يبطل العقد ه
وان كان لا يحل بان كانت اخته من الرضاع او كانت مجوسيه توقف على
اجازته ولو كان المولى هو الذي عقد عليها بغير رضاها حتى وقف
على اجازتها فاجازت جاز العقد وان ادت فعتقت او اعتقها المولى
يوقف العقد على اجازتها ان كانت كبيره وان كانت صغيره فهو على ما ذكرنا
من الاختلاف في الامه او يتوقف على اجازة المولى عندنا اذا لم يكن
لها عصبة غير المولى فان كان فاجاز جاز واذا ادركت فلها خيار
الادراك اذا كان المجيز غير الاب والجد على ما بينا وان لم يعتقها
حتى عجزت بطل العقد ان كان بضعها يحل للمولى وان كان لا يحل لا يجوز
الا باجازته واما بيان ما يملكه من النكاح **فنقول** وبالله التوفيق
اذا اذن المولى للعبد بالتزوج فلا يخلوا اما ان خص الاذن بالتزوج ه
او عمه فان خصه بان قال له تزوج لم يجز له ان يتزوج الا امرة واحدة
لان الامر المطلق بالفعل لا يقتضي التكرار وكذا اذا قال له تزوج امراة
لان قوله امراة اسم لواحد من هذا الجنس وان عم بان قال تزوج ما شيت
من النسا جاز له ان يتزوج اثنتين ولا يجوز له ان يتزوج اكثر من ذلك
لانه اذن له بنكاح ما شا من النسا بلفظ الجمع فينصرف الي جميع ما يملكه

العبيد

العبيد من النسا وهو التزوج باثنتين **قال** النبي صلى الله عليه وسلم
لا يتزوج العبد اكثر من اثنتين وعليه اجماع الصحابه رضي الله عنهم **وروي**
عن الحكم انه قال اجتمع اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على ان العبد
لا يجمع من النسا فوق اثنتين ولان مالكية النكاح يشعر بكمالية الحال ه
لانها من باب الولايه والعبد انقص حالا من الحر فيظهر اثر النقصان
في عدد المملوك له في النكاح كما ظهر اثره في القسم والطلاق والعده
والحدود وغير ذلك وهل يدخل تحت الاذن بالتزوج النكاح الفاسد
قال ابو حنيفه رحمه الله يدخل حتى لو تزوج العبد امراة نكاحا فاسدا
ودخل بها لزمه المهر في الحال **وقال** ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
لا يدخل ويتبع بالمهر بعد العتق **وجه قولهما** ان غرض المولي من
الاذن بالنكاح وهو حل الاستمتاع ليحصل به عفة العبد عن الزنا ه
وهذا لا يحصل بالنكاح الفاسد لانه لا يفيد الحل فلا يكون مرادا
من الاذن بالتزوج ولهذا لو حلف لا يتزوج لا ينصرف الي الانكاح
الصحيح حتى لو حلف نكح نكاحا فاسدا لا يحنث كذا هذا ولابي حنيفه
رحمه الله ان الاذن بالتزوج مطلق فينصرف الي الصحيح والفاسد
لا يحنث كذا هذا ولابي حنيفه رحمه الله ان الاذن بالتزوج مطلق فينصرف
الي الصحيح والفاسد كالاذن بالبيع مطلقا **وفي** مسيلة اليمين ه
انما لم ينصرف لفظ النكاح الى الفاسد لقرينة عرفيه لان الايمان
محموله على العرف والعاده والمتعارف والمعتاد مما يقصد باليمين
الامتناع عن الصحيح لا الفاسد لان فساد المحلوف عليه يكفي مانعا
من الاقدام عليه فلا حاجة الي الامتناع باليمين والدليل على صحة هذا
التخريج ان اليمين الحالف لو كانت على الفعل الماضي ينصرف الي الصحيح
والفاسد جميعا ويتفرع عن هذا انه اذا تزوج امراة نكاحا فاسدا
ثم اراد ان يتزوج اخري ليس له ذلك عند ابي حنيفه رحمه الله لان
الاذن انتهي بالنكاح الفاسد وعندهما له ذلك لان الاذن قد بقي
لان الاذن ولو اذن له بنكاح فاسد نصا ودخل بها يلزمه المهر في
الحال في قولهم جميعا اما على اصل ابي حنيفه رحمه فظاهر واما
على اصلهما فلان الصرف الي الصحيح لضرب دلالة اوجبت اليه
فاذا جا النص بخلافه بطلت الدلالة **واما بيان** حكم المهر ونكاح
المملوك **فنقول** وبالله التوفيق ان كانت الاجازه قبل الدخول ه
بالامه لم يلزم الزوج الا مهر واحد وان كان بعد الدخول ه
فالقياس ان يلزمه مهران مهر بالدخول قبل الاجازه ومهر بالاجازه
وجه القياس انه وجد سبب وجوب مهرين **احدهما** الدخول لان الدخول

في النكاح الموقوف دخول في نكاح فاسد او هو بمنزلة الدخول في نكاح فاسد وذا يوجب المهر وذا يوجب المهر كذا هذا **والثاني** النكاح الصحيح قد صح ٥
بالاجازه ولنا الاستحسان وجهان **احدهما** ان النكاح كان موقوفا على اذن
المالك كنكاح الفضولي والعقد الموقوف اذا اتصلت به الاجازة تستند
الاجازه الي وقت العقد واذا استندت الاجازة اليه صار كانه عقده
باذنه اذ الاجازة اللاحقة كالاذن السابق فلا يجب الا مهر واحد ٥
والثاني ان مهر المثل لو وجب لكان لوجوبه تعلقا بالعقد لانه لولاه لكان
الفعل زنا ولكان الواجب هو الحد لا المهر وقد وجب المسمى بالعقد ٥
فلو وجب مهر المثل ايضا لوجب بعقد واحد مهران وانه ممتنع ثم
كل ما وجب من مهر الامة فهو للامة سوا وجب بالعقد او بالدخول وسوا
كان المهر مسمي او مهر المثل وسوا كانت الامة قنة او مدبره او ام ولد
الا المكاتبه والمعتق بعضها فان المهر لهما لان المهر وجب عوضا عن
المنفعه وهي منافع البضع **ثم** ان كانت منافع البضع ملحقة بالاجزا والاعيان
فعوضها يكون للمولي ايضا كالاجره بخلاف المكاتبه لان هناك الاجره ٥
والارش لها فكان المهر لها ايضا وكل مهر لزم العبد فان كان قنا والنكاح
باذن المولي يتعلق برقبته وكسبه يباع فيه وان لم يكن له كسب ٥
عندنا لانه دين ثابت في حق العبد ظاهر في حق المولي ومثل هذا الدين
يتعلق برقبة العبد على اصل اصحابنا والمسيله مرت في كتاب ٥
الماذون وان كان مدبرا او مكاتبا فانهما يسعيان في المهر فيستوفي
من كسبهما لتعذر الاستيفا من رقبتهما لخروجهما عن احتمال البيع ٥
بالتدبير والكتابه وما لزم العبد من ذلك بغير اذن المولي ٥
اتبعوا به بعد العتق لانه دين تعلق بسبب لم يظهر في حق المولي
فاشبه الدين الثابت باقرار العبد المحجور انه لا يلزمه للحال
ويتبع به بعد العتاق لما قلنا كذا هذا **ومنها الولايه**
في الانكاح فلا ينعقد نكاح من لا ولاية له والكلام في هذا الشرط
يقع في مواضع **في** بيان انواع الولايه **وفي** بيان سبب ثبوت كل نوع
وفي بيان الموضع شرط ثبوت كل نوع وما يتصل به **اما الاول**
فالولاية في باب النكاح انواع اربعة **ولاية** الملك **وولاية** القرابه
وولاية الولا **وولاية** الامامه **اما** ولاية الملك فسبب ثبوتها الملك
لان ولاية الانكاح ولاية نظر والملك داع الى الشفقة والنظر في حق
المملوك وكان سببا لثبوت الولايه ولا ولاية للمملوك لعدم الملك له
اذ هو مملوك في نفسه فلا يكون مالكا **واما** شرايط ثبوت هذه الولايه
فمنها عقل المالك **ومنها** بلوغه فلا يجوز الانكاح من الصبي والمجنون

الولايه

الذي

الذي لا عقل له ولا من الصبي العاقل لان هولا ليسوا من اهل الولايه لان
اهلية الولاية بالقدرة على تحصيل النظر في حق المولي عليه وذلك بكمال الراي
والعقل ولم يوجد الا ترى انه لا ولاية لهم على انفسهم فكيف يكون على غيرهم
ومنها الملك المطلق وهو ان يكون المولي عليه مملوكا للمالك رقبة ويدا
وعلى هذا يخرج انكاح الرجل امته او مدبرته او ام ولده او عبده او مدبره
او ام ولده او عبده او مدبره او امراته جايز سوا رضي به المملوك او لا
ولا يجوز انكاح المكاتب والمكاتبه الا برضاهما اما انكاح الامه والمدبره
فلا خلاف في جوازه صغيرة كانت او كبيره **واما** انكاح العبد فان كان
صغيرا يجوز وان كان كبيرا فقد ذكر في ظاهر الروايه انه يجوز من غير ٥
رضاه **وروي** عن ابي حنيفه انه لا يجوز الا برضاه وبه اخذ الشافعي
وجه هذه الروايه ان منافع بضع العبد لم تدخل تحت ملك المولى
بل هو اجنبي عنها والانسان لا يملك التصرف في ملك غيره من غير رضاه
ولهذا لا يملك انكاح المكاتب والمكاتبه بخلاف الامه لان منافع بضعها
مملوكه للمولي **و**لان نكاح المكره لا يفيد ما وضع له من المقاصد ٥
المطلوبه منه لان حصولها بالدوام على النكاح والعبد لا يدوم عليه ٥
ونكاح المكره لا يدوم بل يزيله العبد بالطلاق فلا يفيد فايدته
وجه ظاهر الروايه قوله تعالى وانكحوا الايامى منكم والصالحين
من عبادكم وامايكم امر الموالي بانكاح العبيد والاما مطلقا عن
شرط الرضا فمن شرطه يحتاج الى الدليل ولان انكاح المملوك من
المولي تصرف لنفسه لان مقاصد النكاح ترجع اليه فان الولد في انكاح
الامه له كذا في انكاح امته من عبده ومنفعه العفه العفه عن الزنا
الذي يوجب نقصان مالية مملوكه حصل له وكان ايضا هذا الانكاح
تصرفا لنفسه ومن تصرف في ملك نفسه لنفسه ينفذ ولا يشترط
فيه رضا المتصرف فيه كما في البيع والاجاره وساير التصرفات
ولان الجميع ملكه بجميع اجزايه مطلقا لما ذكرنا من الدلايل فيما
تقدم ولكل مالك ولاية التصرف في ملكه اذا كان التصرف
مصلحة وانكاح العبد مصلحة في حقه لما فيه من صيانة ملكه ٥
عن النقصان بواسطة الصيانة عن الزنا وقوله منافع البضع
غير مملوكه للسيد ممنوع بل هي مملوكة له الا ان مولاها اذا
كانت امه منعت من استيفايها لما فيه من الفساد وهذا لا يمنع
ثبوت الملك كالجارية المجوسيه والاخت من الرضاعه انه
يمنع المولى من الاستمتاع بهما مع قيام الملك كذا هذا ٥
والمطلق لم يوجد في المكاتب لزوال ملك اليد بالكتابه ٥

حتى كان احق باكسابه ولهذا لم يدخل تحت اسم المملوك في قوله كل مملوك لي فهو
حر الا بالنيه فيقام ملك الرقبه ان اقتضى ثبوت الولايه فانعدام ملك
اليد يمنع الثبوت فلا يثبتا لولايه بالشك ولان في التزويج بغير رضى
المكاتب ضرر لان المولى لعقد الكتابه جعله احق بمكاسبه ليتوصل بها الى
شرف الحريه والتزويج من غير رضاه يوجب تعلق المهر والنفقه بكسبه
فلا يصل الى الحريه فيتضرر به فشرط رضاه دفعا للضرر عنه وقوله لا فايد
في هذا النكاح ممنوع فان من طبع كل فحل التوقان الى النسا خالطاهر هو
اقتضا الشهوه خصوصا عند عدم المانع وهو الحرمه وكذا الظاهر من
حال العبد الامتناع من بعض تصرف المولى احترامًا له فيبقى
النكاح فيفيد فايدته **واما** ولاية القرابه فسبب ثبوتها هو اصل
القرابه وذاتها لا كمال القرابه وانما الكمال شرط التقدم على ما نذكر
وهذا عند اصحابنا وعند الشافعي رحمه الله السبب هو كمال القرابه
وهي قرابة الولاد **وعلى هذا** ينبني ان لغير الاب والجد كالاخ والعم
ولاية الانكاح عندنا خلافا له **واحتج** بما روي عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم انه قال لا تنكح اليتيمه حتى تستامر وحقيقه اسم اليتيمه للصغيره
لغة قال صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد الحلم نهى عن انكاح اليتيمه ومده الى
غاية الاستيمار ولا يصير اهلا للاستيمار الا بعد البلوغ فيقتضي البلوغ كانه
قال حتى تبلغ وتستامر ولان النكاح عقد اضرار في جانب النسا لما نذكر
في مسئله انكاح الثيب البالغه ومثل هذا التصرف لا يدخل تحت ولاية المولى
كالطلاق والعتاق والهبه وغيرها الا انه يثبت الولاية للاب والجد بالنص
والاجماع لكمال شفقتهما وشفقه غير الاب والجد قاصره وقد ظهر اثر القصور
في سلب ولاية التصرف في المال بالاجماع وسلب ولاية اللزوم عندكم
فتعذر الالحاق **ولنا قوله تعالى** وانكحوا الايامى منكم والصالحين
من عبادكم هذا خطاب لعامة المومنين لانه بني قوله تعالى وتوبوا الى الله
جميعا ايها المومنون لعلكم تفلحون ثم خص منه الاجانب فبقي الا قارب
تحته الا من خص بدليل ولان سبب ولاية التنفيذ في الاب والجد هو
مطلق القرابه لا القرابه القريبه وانما قرب القرابه سبب زيادة الولاية
وهي ولاية الالزام لان مطلق القرابه حامل على اصل الشفقه اعني به
شفقة زايده على شفقه الجنس وشفقة الاسلام وهي داعية الى تحصيل النظر
في حق المولى عليه وشرطها عجز المولى عليه عن تحصيل النظر بنفسه مع حاجته
الى التحصيل لان مصالح النكاح مضمنة تحت الكفاة والكفو عزيز الوجود
فيحتاج الى احرازه للحال لا ستيفا مصالح النكاح بعد البلوغ وفايدتها
وفروعها وسيلة الى ما وضع النكاح له وكل ذلك موجود في انكاح الاخ والعم

مطلق و

لطلب ولاية القرابه

فينفذ

فينفذ الا انه لم ينفذ تصرفه لانعدام شرط اللزوم وهو قرب القرابه ولم
يثبت له ولاية التصرف في المال لعدم الفايدة لانه لا سبيل الى القول باللزوم
لان قرابه غير الاب والجد ليست بلازمه ولا سبيل الى القول بعدم اللزوم لانه
لا يفيد اذ المقصود من التصرف وهو الربح لا يحصل الا بتكرار التجاره
ولا يحصل ذلك مع عدم اللزوم لانه اذا اشترى شيا يحتاج الى ان يمسكه
الى وقت البلوغ فلا يحصل المقصود فسقطت ولاية التصرف في المال
بطريق الضروره وهذه ضرورة منعدمة في ولاية الانكاح فيثبت ولاية
الانكاح واما الحديث فالمراد من اليتيمه البالغه بدلالة الاستيمار
وهذا وان كان مجازا لكن فيما ذكره ايضا اضمار فوقعت المعارضه
فسقط الاحتجاج به او نحمله على ما قلنا توفيقا بين الدليلين صيانة
لهما عن التناقض ثم اذا زوج الصغير او الصغيره فلهما الخيار اذا
بلغا عند ابي حنيفه ومحمد وعند ابي يوسف لا خيار لهما وتذكر المسئله
في شرايط اللزوم ان شا الله تعالى **واما** شرايط ثبوت هذه الولاية
فنوعان في الاصل **نوع** هو شرط ثبوت اصل الولايه **ونوع** هو
شرط التقدم اما شرايط اصل الولايه فانواع **بعضها** يرجع الى الولي
وبعضها يرجع الى المولى عليه **وبعضها** يرجع الى نفس التصرف **اما** الذي
يرجع الى الولي فانواع **منها** عقل الولي **ومنها** بلوغه فلا تثبت الولايه
للمجنون والصبي لانهما ليسا من اهل الولايه لما ذكرنا في ولايه ولهذا لم
يثبت لهما الولايه على انفسهما مع انهما اقرب اليهما فلان لا يثبت على غيرهما اولى
ومنها ان يكون ممن يرث المزوج لان سبب ثبوت الولايه والوراثه واحد
وهو القرابه فكل من يرثه يلي عليه ومن لا فلا وهذا يطرد على اصل ابي
حنيفه رحمه الله خاصه وينعكس عند الكل فيخرج عليه مسايل **فنقول**
وبالله التوفيق **لا ولايه** للمملوك على احد لانه لا يرث احدا ولان المملوك
ليس من اهل الولايه الا ترى انه لا ولاية له على نفسه ولان الولايه
تنبي عن المالكيه والشخص الواحد كيف يكون مالكا ومملوكا في زمان
واحد ولان هذه ولاية نظر ومصلحه ومصالح النكاح لا يوقف عليها الا
بالتامل والتدبر والمملوك لاشتغاله بخدمة مولاه لا يتفرغ للتامل
فلا يقف ولا يعرف نكاحه مصلحه والله الموفق **ولا** ولاية للمرتد على
احد لا على مسلم ولا على كافر ولا على مرتد مثله لانه لا يرث احدا ولانه
لا ولاية له على نفسه حتى لا يجوز نكاحه احدا لا مسلما ولا كافرا ولا
مرتدا مثله فلا يكون له ولاية على غيره ولا ولاية للكافر على المسلم
لانه لا ميراث بينهما **قال** النبي صلى الله عليه وسلم لا يتوارث اهل
ملتين شتى ولان الكافر ليس من اهل الولاية على المسلم لان الشرع قطع

ولاية الكافر على المسلمين **قال الله تعالى** ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين
سبيلا **وقال** صلى الله عليه وسلم الاسلام يعلو ولا يعلى ولان اثبات الولاية
للكافر على المسلم لان الشرع قطع ولاية الكافر على المسلمين يشعر باذلال المسلم من
جهة الكافر وهذا لا يجوز ولهذا صينت المسلمة عن نكاح الكافر وكذلك ان
كان الولي مسلما والمولى عليه كافرا فلا ولاية له عليه لان المسلم لا يرث الكافر
كما ان الكافر لا يرث المسلم **قال** النبي صلى الله عليه وسلم لا يرث المؤمن الكافر
ولا الكافر المؤمن الا ان ولد المرتد اذا كان مؤمنا صار مخصوصا عن النص
واما اسلام الولي فليس بشرط لثبوت الولاية في الجملة فيلي الكافر لان
الكفر لا يقدح في الشفقة الباعثة على تحصيل النظر في حق المولى عليه
ولا في الوراثة فان الكافر يرث الكافر ولهذا كان من اهل الولاية
على نفسه فكذا على غيره **وقال تعالى** والذين كفروا بعضهم اولياء بعض
وكذا العدالة ليست بشرط لثبوت الولاية عند اصحابنا رحمهم الله
وللفاسق ان يزوج ابنه وابنته الصغيرين وعند الشافعي رحمه الله
شرط فليس للفاسق ولاية **واحتج** بما روي عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه قال لا نكاح الا بولي مرشد والمرشد بمعنى الرشيد كالمصلح بمعنى
الصالح والفاسق ليس برشيد ولان الولاية من باب الكرامة والفسق من
سبب الاهانة ولهذا لم اقبل شهادته **ولنا** عموم قوله تعالى وانكحوا الايامى
منكم وقوله صلى الله عليه وسلم زوجوا بناتكم الاكفاء من غير فصل ولنا اجماع
الامة فان الناس عن اخرهم عامهم وخاصهم من لدن رسول الله
صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا يزوجون بناتهم من غير نكير من احد
خصوصا الاعراب والاكراد والاتراك وهذه ولاية نظر والفسق
لا يقدح في القدرة على تحصيل النظر ولا في الداعي اليه وهو الشفقة
وكذا لا يقدح في الوراثة فلا يقدح في الولاية كالعدل ولان الفاسق
من اهل الولاية على غيره كالعدل ولهذا قبلنا شهادته ولانه من
اهل احد نوعي الولاية وهو ولاية الملك حتى يزوج امته فيكون من
اهل النوع الاخر واما الحديث فقد قيل انه لم يثبت بدون هذه الزيادة
فكيف يثبت مع الزيادة ولو ثبت فنقول بموجبه والفاسق مرشد لانه
يرشد غيره لوجود آلة الارشاد وهو العقل فكان هذا نفي الولاية
للمجنون وبه نقول والمحدود في القذف اذا تاب فله ولاية الانكاح
بلا خلاف لانه اذا تاب فقد صار عدلا وان لم يتب فهو على الاختلاف
لانه فاسق واما كون الولي من العصبات فهل هو شرط ثبوت
الولاية ام لا **فنقول** وبالله التوفيق **جملة الكلام** انه لا خلاف
في ان للاب والجد ولاية الانكاح حكي عن عثمان البتي وابن شبرمة انهما

قالا

قالا ليس لهما ولاية التزويج **وجه قولهما** ان حكم النكاح اذا ثبت لا ينقضي
على حال الصغر بل يدوم ويبقى الى ما بعد البلوغ وهذا لا يجوز **ولنا**
قوله تعالى وانكحوا الايامى منكم والايم اسم لانثى من بنات ادم لا زوج لها
كبيرة كانت او صغيرة وكلمة من ان كانت للتبعيض يكون هذا خطابا للاولياء
وان كانت للتجنيس يكون خطابا لجنس المؤمنين وعموم الخطاب يتناول الاب
والجد وانكح الصديق رضي الله عنه عائشة وهي بنت ست سنين من رسول
الله صلى الله عليه وسلم وزوج علي ابنته ام كلثوم وهي صغيرة من عمر بن الخطاب
رضي الله عنهم وزوج عبد الله بن عمر ابنته وهي صغيرة عروة بن الزبير
رضي الله عنهم وبه تبين ان قولهما خرج مخالفا للصحابة وكان مردودا
واما قولهما ان حكم النكاح يبقى بعد البلوغ فنعم ولكن بالانكاح السابق
لا بانكاح مبتدا بعد البلوغ لما قلنا كذا هذا وللاب قبض صداق ابنته
البكر صغيرة كانت او بالغة ويبرا الزوج بقبضه اما الصغيرة فلا شك
فيه لان له ولاية التصرف في مالها واما البالغة فلانها تستحي من المطالبة
به بنفسها كما تستحي عن التكلم بالنكاح فجعل سكوتها رضى بقبض الاب كما
جعل رضى بالنكاح ولان الظاهر انها ترضى بقبض الاب لانه يقبض
مهرها فيضم اليه امثاله فيجهزها هذا هو الظاهر وكان ماذونا بالقبض
من جهتها دلالة حتى لو نهته عن القبض لا يملك القبض ولا يبرا الزوج
وكذا الجد يقوم مقامه عند عدمه وان كانت ابنته عاقلة وهي ثيبة
فالقبض اليها لا للاب ويبرا الزوج بدفعه اليها ولا يبرا بالدفع الى
الاب وما سوى الاب والجد من الاولياء ليس له ولاية القبض سواء كانت كبيرة
او صغيرة الا اذا كان الولي هو الوصي فله حق القبض اذا كانت صغيرة كما
يقبض سائر ديونها وليس للوصي حق القبض الا اذا كانت صغيرة
واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه لعقده لان حقوق العقد لا يتعلق به
فصار كالاجنبي بخلاف الوكيل بالبيع اذا ضمن عن المشتري الثمن وللمراة
الخيار في مطالبة زوجها او وليها لوجود سبب وجوب المطالبة من كل واحد منهما
وهو العقد من الزوج والضمان من الولي ولا خلاف بين اصحابنا في ان
لغير الاب والجد من العصبات ولاية الانكاح الاقرب فالاقرب
على ترتيب العصبة في الميراث **واختلفوا** في غير العصبات **قال**
ابو يوسف ومحمد لا يجوز انكاحه حتى لم يتوارثا ذلك النكاح ويتوقف على
اجازة العصبة وعن ابي حنيفة رحمه الله فيه روايتان وهذا يرجع الى ما
ذكرنا ان عصوبة الولي هل هو شرط لثبوت الولاية مع اتفاقهم على
انه شرط تقدم فعندهما هي ثبوت اصل الولاية وهو رواية الحسن
عن ابي حنيفة فانه روي عنه انه قال لا يزوج الصغيرة الا العصبة

وروي ابو يوسف عن ابي حنيفه رحمه الله انها لا تثبت بشرط لثبوت اصل الولايه
وانما هي شرط التقدم علي قرابة الرحم حتي انه اذا كان هناك عصبه لا يثبت له
ولاية الانكاح وان لم يكن ثم هناك عصبه لا يثبت لغير العصبه ولاية الانكاح
وان لم يكن ثم عصبه فلغير العصبات من القرابات من الرجال والنسا
نحو الام والاخت والخال ولاية التزويج الاقرب اذا كان المزوج
ممن يرث المزوج وهو الرواية المشهوره عن ابي حنيفه رحمه الله
وجه قولهما ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال النكاح الي
العصبات فوض كل نكاح الي كل عصبه لانه قابل الجنس بالجنس
او بالجمع فيقتضي مقابلة الفرد بالفرد ولان الاصل في الولايه
هم العصبات فان الراي وتدبير القبيله وصيانتها عما يوجب العار
والشين اليهم فكانوا هم الذين يحترزون عن ذلك بالنظر والتامل
في امر النكاح فكانوا هم المختصين بالولايه ولهذا كانت قرابة التعصيب
مقدمة علي قرابة الرحم بالاجماع ولابي حنيفه رحمه الله قوله تعالي
وانكحوا الايامي منكم من غير فصل بين العصبات وغيرهم فيثبت
ولاية الانكاح علي العموم الا من خص بدليل ولان سبب ثبوت الولايه
مطلق القرابه وذلك لما بينا ان القرابه حاملة علي الشفقه في حق
القريب داعية اليها وقد وجد ههنا فوجد السبب ووجد شرط
الثبوت ايضا وهو عجز المولي عليه عن المباشرة بنفسه وانما العصوبه
وقرب القرابه شرط التقدم لا شرط ثبوت اصل الولايه فلا جرم ان
العصبه تتقدم علي ذي الرحم والاقرب من غير العصبه يتقدم علي الابعد
ولان ولاية الانكاح مرتبه علي استحقاق الميراث لاتحاد سبب ثبوتهما
وهو القرابه فكل من استحق الميراث استحق الولايه **الا تري** ان الاب
اذا كان عبدا لا ولاية له لان العبد لا يرث احدا وكذا اذا كان كافرا
والمولي عليه مسلم لا ولاية له لانه لا يرثه وكذا اذا كان مسلما
والمولي عليه كافرا لا ولاية له لانه لا ميراث له منه فثبت ان الولايه
تدور مع استحقاق الميراث فيثبت لكل قريب يرث المزوج ولا يلزم
علي هذه القاعده المولي انه يزوج ولا يرث وكذا الامام انه يزوج
ولا يرث لان هذا عكس العله لان طرد ما قلنا ان كل من يرث يزوج
وهذا يطرد علي اصل ابي حنيفه رحمه الله وعكسه ان كل من لا يرث
لا يزوج والشرط في العلل الشرعيه الاطراد دون الانعكاس لجواز
اثبات الحكم الشرعي بعلل **ثم نقول** ما قلناه منعكس ايضا **الا تري**
ان المولي الولا في مملوكه وهو نوع ارث واما الامام فهو نايب عن جماعة
المسلمين وهم يرثون من لا ولي له من جهة الملك والقرابة والولا **الا تري**

ان

ان ميراثه لبيت المال وبيت المال مال لهم فكانت الولايه في الحقيقه لهم
وانما الامام نايب عنهم فيزوجون ويرثون ايضا فاطرد هذا الاصل
وانعكس بحمد الله تعالي واما قول علي رضي الله عنه النكاح الي العصبات حال
وجود العصبه لاستحالة تفويض لعصبه ولا عصبه **ونحن** به نقول
ان النكاح الي العصبات فالمراد منه حال وجود العصبه وكلام فيه **واما**
قول علي رضي الله عنه النكاح الي العصبات فالمراد منه الذي يرجع الي
المولي عليه **فنقول** وبالله التوفيق **الولاية** بالنسبة الي المولي
عليه نوعان **ولاية** حتم وايجاب **وولاية** ندب واستحباب **وهذا** علي
اصل ابي حنيفه وابي يوسف الاول واما علي اصل محمد رحمه الله **فهي** نوعان ايضا
ولاية استبداد وولاية شركه وهو قول ابو يوسف الاخر وكذا يقول الشافعي
الا ان بينهما اختلافا في كيفية الشرط علي ما نذكر **اما** ولاية الحتم والايجاب
والاستبداد فشرط ثبوتها علي اصل اصحابنا كون المولي عليه صغيرا او صغيره
او مجنونا كبيرا او مجنونه كبيره سوا كانت الصغيره بكرا او ثيبا فلا تثبت
هذه الولايه علي البالغ ولا علي العاقله البالغه سوا كانت ثيبا او بكرا
وعلي اصل الشافعي شرط ثبوت ولايه الاستبداد في الغلام هو الصغر
وفي الجارية البكاره سوا كانت صغيره او بالغه فلا تثبت هذه الولايه
عنده علي الثيب سوا كانت بالغه او صغيره **والاصل** ان هذه الولايه
علي اصل اصحابنا تدور مع الصغر وجودا وعدما في الصغير والصغيره
وعنده في الصغير كذلك اما في الصغيره فانها تدور مع البكاره
وجودا وعدما في الكبير والكبيره تدور مع الجنون وجودا سوا كان
الوجود اصليا بان بلغ مجنونا او عارضيا بان طري بعد البلوغ
عندنا **وقال** زفر اذا طري الجنون لم يجز للولي التزويج **وعلي هذا**
ينبني ان الاب والجد لا يملكان انكاح البكر البالغه بغير رضاها
وجه قوله ان البكر وان كانت عاقله بالغه فلا علم لها بمصالح النكاح
لان العلم بها يقف علي التجربه والممارسه وذلك بالثيابه ولم يوجد
فالتحقت بالبكر الصغيره فيثبت ولاية الاستبداد عليها ولهذا ملك
الاب قبض صداقها من غير رضاها بخلاف الثيب لانها علمت
مصالح النكاح بالممارسه ومصاحبة الرجال فانقطعت ولاية
الاستبداد عليها عنها **ولنا** ان الثيب البالغه لا تزوج الا برضاها
فكذا البكر البالغه والجامع بينهما وجهان احدهما طريق ابي حنيفه
الاول **والثاني** طريق محمد وابي يوسف الاخر **اما** طريق ابي حنيفه
فهو ان ولايه الحتم والايجاب في حالة الصغر انما يثبت بطريق النيابه
عن الصغيره لعجزها عن التصرف علي وجه النظر والمصلحه بنفسها

وبالبلوغ عند تعذر العجز وثبتت القدرة حقيقة ولهذا صارت من اهل
الخطاب في احكام الشرع الا انها مع قدرتها حقيقة عاجزة عن مباشرة
النكاح عجز ندب واستحباب لانها تحتاج الى الخروج الى محافل الرجال
والمراة مخدرة مستورة والخروج الى محافل الرجال من النسا عيب في العادة
وكان عجزها عجز ندب واستحباب لا ولاية حتم وايجاب اثباتا للحكم على قدر
العلة **واما** طريق محمد فهو ان الثابت بعد البلوغ ولاية الشركة لا ولاية
الاستبداد فلا بد من الرضا كما في الثيب البالغة على ما نذكره في مسئلة النكاح
بغير ولي ان شا الله تعالى **واما** ملك الاب قبض صداقها فلوجود الرضا
بذلك دلالة لان العادة ان الاب يضم الى الصداق من خالص ماله ويجهز
بنته البكر حتى لو نهته عن القبض لا يملك بخلاف الثيب لان العادة ما جرت بتكرار
الجهاز واذا كان الرضا في انكاح البالغة شرط الجواز فاذا زوجت بغير اذنها
يوقف التزويج على رضاها فان رضيت جاز وان ردت بطل ثم ان كانت
ثيبا فرضاها يعرف بالقول وبالفعل اخرى **اما** القول فهو التنصيص
على الرضا وما يجري مجراه **نحو** ان يقول رضيت او اجزت ونحو ذلك **والاصل**
فيه قوله صلى الله عليه وسلم الثيب تشاور وقوله تستامر النسا في
ابضاعهن وقوله لا تنكح اليتيمة حتى تستامر والمراد منه البالغة **واما** الفعل
فنحو التمكين من نفسها والمطالبة بالمهر والنفقة ونحو ذلك لان دليل الرضا
والرضا يثبت بالنص مرة وبالدلالة اخرى **والاصل فيه** ما روي عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم انه قال لبريرة ان وطئك زوجك فلا خيار
لك وان كانت بكرا فان رضاها يعرف بهذين الطريقين وبثالث وهو السكوت
وهذا استحسان **والقياس** ان لا يكون سكوتها رضا **وجه القياس**
ان السكوت يحتمل الرضا ويحتمل السخط فلا يصلح دليل الرضا مع الشك
والاحتمال ولهذا لم يجعل دليلا اذا كان المزوج اجنبيا او وليا غيره
اولى منه **ولنا** ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال تستامر
النسا في ابضاعهن فقالت عايشة رضي الله عنها ان البكر تستحيي يا رسول الله
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذنها صماتها **وروي** سكوتها رضاها
وروي سكوتها اقرارها وكل ذلك نص في الباب **وروي** البكر تستامر في
نفسها فان سكتت فقد رضيت وهذا ايضا نص ولان البكر تستحيي عن النطق
بالاذن بالنكاح لما فيه من اظهار رغبتها في الرجال فتنسب الى الوقاحة
فلو لم يجعل سكوتها رضا واذنا بالنكاح دلالة ولو شرط استنطاقها
وانها لا تنطق عادة لفاتت عليها مصالح النكاح مع حاجتها الى ذلك
وهذا لا يجوز وقوله السكوت يحتمل مسلم لكن يرجح جانب الرضا
على جانب السخط لانه يحتمل انها سكتت عن جوابه لانها لو لم تكن راضية لردت

لانها ان كانت تستحي عن الاذن فلا تستحي عن الاذن فلا تستحي عن الرد
فلما سكتت ولم ترد دل انها راضية بخلاف ما اذا زوجها اجنبي او ولي
غيره اولى منه لان هناك ازداد احتمال السخط لانه يحتمل انها سكتت
عن جوابه مع انها قادرة على الرد تحقيرا له وعدم المبالاة بكلامه **وهذا**
امر معلوم بالعادة فبطل رجحان دليل الرضا ولانها انما تستحي من الاوليا
لا من الاجانب والابعد عند قيام الاقرب وحضوره اجنبي في حق الاجابة
كالبنت فلا بد من قول او فعل يدل عليه ولان المزوج اذا كان اجنبيا
او كان الولي الابعد كان جواز النكاح من طريق الوكالة لا من طريق
الولاية لانعدامها والوكالة لا تثبت الا بالقول واذا كان وليا
فالجواز بطريق الولاية فلا يفتقر الى القول ولو بلغها النكاح
فضحكت كان اجازة لان الانسان انما يضحك عما يسره فكان دليل
الرضا ولو بكت **روى** عن ابي يوسف رحمه الله انه يكون اجازة
وروى عنه رواية اخرى انه لا يكون اجازة بل يكون ردا وهو
قول محمد **وجه الرواية الاولى** ان البكا قد يكون للحزن وقد
يكون لشدة الفرح فلا يجعل ردا ولا اجازة للتعارض فصار كانها
سكتت فكان رضا **وجه الرواية الاخرى** وهو قول محمد ان البكا قد
يكون للحزن وقد يكون لشدة الفرح فلا يجعل ردا ولا اجازة للتعارض
فصار كانها لا يكون الا عن حزن عادة فكان دليل السخط والكراهة
لا دليل الاذن والاجازة ولو زوجها وليان كل واحد منهما رجلا
فبلغها ذلك فان اجازت احد العقدين جاز الذي اجازته وبطل
الاخر وان اجازتهما بطلا لان الاجازة منهما بمنزلة الانشا كانها
زوجت بزوجين وذلك باطل كذا هذا **وان** سكتت روي عن محمد
رحمه الله ان ذلك لا يكون ردا ولا اجازة حتى تجيز احدهما بالقول
او بفعل يدل على الاجازة **وروى** عنه رواية اخرى انها اذا سكتت
بطل العقدان جميعا **وجه هذه الرواية** ان السكوت من البكر كالاجازة
فكانها اجازت العقدين جميعا **وجه الرواية الاخرى** ان هذا السكوت
لا يمكن ان يجعل اجازة لانه لو جعل اجازة فاما ان يجعل اجازة للعقدين
واما ان يجعل اجازة لاحدهما لا سبيل الى الاول لان انشا العقدين
ممتنع فامتنع اجازتهما ولا سبيل الى الثاني لانه ليس احد العقدين
باولى بالاجازة من الاخر فالتحق السكوت بالعدم ووقف الامر على
اجازة بقول او بفعل يدل على الاجازة لاحدهما وكذلك اذا استومرت
البكر في الابتدا فسكتت فهو اذن اذا كان المستاذن وليا لما ذكرنا
ولما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كان اذا خطب احدي

بثيابة دنا من خدرها وقال ان فلانا يذكرك فلانه ثم زوجها فذلك ه
السكوت عند استيمار الولي اذن دلالة وقالوا ان الولي اذا قال للبكر اني
اريد ان ازوجك فلانا فقالت غيره اولى منه لم يكن ذلك اذنا ولو زوجها
ثم اخبرها فقالت قد كان غيره اولى منه كان اجازه لان قولها في الفصل
الاول اظهار عدم الرضا بالتزوج من فلان وقولها في الفصل
الثاني قبول او سكوت عن الرد وسكوت البكر يكون رضا ولو قال
الولي اريد ان ازوجك من رجل ولم يسمه فسكتت لم يكن رضا كذا روي
عن محمد لان الرضى بالشي بدون العلم به لا يتحقق ولو قال ازوجك ه
فلانا او فلانا حتى عد جماعة فسكتت فمن اي من زوجها جاز ولو سما
لها جماعة مجملا بان قال اريد ان ازوجك من جيراني او من بني عمي
فسكتت فان كانوا يحصون فهو رضا وان كانوا لا يحصون لم يكن رضا
لانهم اذا كانوا يحصون يعلمون فيتعلق الرضا بهم وان لم يحصوا لم
يعلموا فلا يتصور الرضا لان الرضا بغير المعلوم محال وذكر في الفتاوى
ان الولي اذا سمى الزوج ولم يسم المهر انه كم هو فسكتت فسكوتها
لا يكون رضا لان تمام الرضا لا يثبت الا بعد العلم بالنكاح لان الرضا ه
بالنكاح قبل العلم به لا يتصور واذا زوج الثيب البالغة ولي فقالت
لم ارض ولم اذن وقال الزوج قد اذنت فالقول قول المراة لان
الزوج يدعي عليها حدوث امر لم يكن وهو الاذن والرضا وهي تنكره
فكان القول قولها واما البكر اذا زوجت فقال الزوج بلغك العقد
فسكتت وقالت رددت فالقول قولها عند اصحابنا الثلاثة رحمهم الله
وقال زفر رحمه الله القول قول الزوج **وجه قوله** ان المراة تدعي امرا
حادثا وهو الرد والزوج ينكر فكان القول قول المنكر **ولنا** ان المراه
وان كانت مدعيه ظاهرا فهي منكرة في الحقيقه لان الزوج يدعي
عليها جواز العقد بالسكوت وهي تنكر فكان القول قولها كالمودع اذا
قال رددت الوديعه فكان القول قوله وان كان مدعيا الرد ظاهرا
لكونه منكرا للضمان حقيقه كذا هذا **ثم** في هذين الفصلين
لا يمين عليها في قول ابي حنيفه رحمه الله وفي قولهما عليها اليمين وهو
الخلاف المعروف ان الاستحلاف المعروف لا يجري في الاشيا الستة ه
عنده وعندهما يجري والمسئله ذكرت في كتاب الدعوى **ثم** اذا ه
اختلف الحكم في البكر البالغة والثيب البالغه في الجمله حتى جعل السكو
رضى من البكر دون الثيب وللاب قبض صداق البكر دون الثيب
وللاب قبض صداق البكر بغير اذنها الا اذا نهته نصا وليس له
ولاية قبض مهر الثيب الا باذنها فلا بد من معرفة البكاره والثيابه

الزوج

في الحكم لا في الحقيقه لان حقيقة البكاره العذره وحقيقة الثيابه زوال العذره
والحكم غير مبني على ذلك بالاجماع **فنقول** لا خلاف في ان من زالت عذرتها
بوثبة او طفره او حيضة او طول التعنيس انها في حكم الابكار تزوج كما تزوج
الابكار ولا خلاف ايضا ان من زالت عذرتها بوطي يتعلق به ثبوت النسب
وهو الوطي بعقد جايز او فاسد او شبهة عقد وجب لها مهر بذلك الوطي انها
تزوج كما تزوج الثيب واما اذا زالت عذرتها بالزنا فانها تزوج كما تزوج
الابكار في قول ابي حنيفه رحمه الله وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله تزوج
كما تزوج الثيب **احتجوا** بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
البكر تستامر في نفسها والثيب تشاور قال والثيب تعرب عنها لسانها
وهذه ثيب حقيقه لان الثيب حقيقه من زالت عذرتها فهذه كذلك فيجري
عليها احكام الثيب **ومن** احكامها انه لا يجوز نكاحها بغير اذنها نصا ولا
يكتفي بسكوتها ولا يكتفي بسكوتها ولابي حنيفه رحمه الله ان علة وضع النطق
شرعا واقامة السكوت مقامه في البكر هي الحيا وقد وجد ودلالة ان
العلة ما قلنا اشارة النص والمعقول **اما الاول** لما روي عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه قال تستامر النسا في ابضاعهن فقالت عايشة رضي
الله عنها ان البكر تستحي يا رسول الله فقال صلى الله عليه وسلم اذنها صماتها
والاستدلال ان قوله صلى الله عليه وسلم اذنها صماتها خرج جوابا لقول عايشه
رضي الله عنها ان البكر تستحي من الاذن بالنكاح نطقا والجواب يقتضي السوال
لان الجواب لا يتم بدون السوال كانه قال اذا كانت البكر تستحي عن الاذن
بالنكاح نطقا فاذنها صماتها فهذا اشارة الى ان الحيا علة وضع النطق ه
وقيام الصمات علة منصوصه وعلة النص لا تتقيد بمحل النص كالطوف
في الهره ونحو ذلك **واما المعقول** فهو ان الحيا في البكر مانع من النطق بصريح
الاذن بالنكاح لما فيه من اظهار رغبتها في الرجال لان النكاح سبب الوطي
والناس يستقبحون ذلك منها ويذمونها وينسبونها الى الوقاحه
وذلك مانع لها من النطق بالاذن الصريح وهي محتاجة الى النكاح فلو
شرط استنطاقها وهي لا تنطق عادة لفات عليها النكاح مع حاجتها اليه
وهذا لا يجوز والحيا موجود في حق هذه وان كانت ثيبا حقيقه لان
زوال بكارتها لم تظهر للناس فيستقبحون منها الاذن بالنكاح صريحا
ويعدونه من باب الوقاحه ولا يزول ذلك ما لم يوجد النكاح ويشتهر
الزنا فحينئذ لا يستقبح الاظهار بالاذن ولا يعد عيبا بل الامتناع
عن الاذن عند استيمار الولي يعد رعونة منها لحصول العلم للناس
بظهور رغبتها في الرجال **واما** الحديث والمراد منه الثيب التي تعارف
الناس ثيبا لان مطلق الكلام ينصرف الى المتعارف بين الناس

ولهذا لم تدخل البكر التي زالت عذرتها بالظفرة والوثبة والحيضة تحت هذا الحديث وان كانت ثيبا حقيقة **وعلى هذا** يخرج انكاح الاب والجد الثيب الصغيرة وانه جائز عند اصحابنا رحمهم الله وعند الشافعي انه لا يجوز انكاحها للحال وتأخر الى ما بعد البلوغ فتزوجها بعد البلوغ الولي بعد البلوغ باذنها صريحا لا بالسكوت واحتج **بما روي** عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تنكح اليتيمة حتى تستأمر واليتيمة اسم للصغيرة في اللغة ولان الثيابة دليل العلم بمصالح النكاح لان حدوثها يكون بعد العقل والتمييز عادة وقد حصل لها التجربة والممارسة وهذا ان لم يصلح لاثبات الولاية لها يصلح دافعا ولاية الولي عنها للحال والتأخير الى ما بعد البلوغ بخلاف البكر البالغة لان البكارة دليل الجهل بمنافع النكاح ومضاره فالتحق عقلها بالعدم على ما مر ولان النكاح في جانب النساء ضرر قطعا لما نذكر فلا يتقلب مصلحة الا عند الحاجة الى قضاء الشهوة لان مصالح النكاح تقف عليه ولم يوجد من الثيب الصغيرة والجواز في البكر الصغيرة ثبت بفعل النبي صلى الله عليه وسلم واجماع الصحابة على ما ذكرنا فيما تقدم **ولنا** قوله تعالى وانكحوا الايامى منكم والايم من لا زوج لها صغيرة كانت او كبيرة فيقتضي ثبوت الولاية عاما الا من خص بدليل ولان الولاية كانت ثابتة قبل زوال البكارة لوجود سبب ثبوت الولاية وهو القرابة الكاملة والشفقة الوافرة ووجود شرط الثبوت وهي حاجة الصغيرة الى النكاح لاستيفاء المصالح بعد البلوغ وعجزها عن ذلك بنفسها وقدرة الولي عليه والعارض ليس الا الثيابة واثرها في زيادة الحاجة الى الانكاح لانها مارست الرجال وصحبتهم وللصحبة اثر في الميل الى ما من تعاشره معاشرة جميلة فلما ثبتت الولاية على البكر الصغيرة فلان تبقى على الثيب الصغيرة اولى والمراد من الحديث البالغة لما مر والمجنون الكبير والمجنونة الكبيرة تزوج كما تزوج الصغير والصغيرة عند اصحابنا الثلاثة اصليا كان الجنون او عارضا بعد البلوغ وقال زفر ليس للولي ان يزوج المجنون جنونا طاريا **وجه قوله** ان ولاية الولي قد زالت بالبلوغ عن عقل فلا تعود بعد ذلك بطريان الجنون كما لو بلغ مغمى عليها ثم زال الاغماء **ولنا** انه وجد سبب ثبوت الولاية وهو القرابة وشرطه وهو عجز المولى عليه مع حاجته ومن ثبوت الولاية فايده فيثبت ولهذا يثبت في المجنون الاصلي كذا الطاري ويثبت ولاية التصرف في ماله كذا في نفسه **واما** الذي يرجع الى نفس التصرف فهو ان يكون التصرف نافعا في حق

المولى عليه لا ضارا فليس للاب والوصي والجد ان يزوج عبد الصغيرة والصغيرة حرة ولا امة لغيرهما لان هذا تصرف ضار في حق المولى عليه لان المهر والنفقة يتعلقان برقبة العبد من غير ان يحصل للصغير مال في مقابلته والاضرار لا يدخل تحت ولاية الولي كالطلاق والعتاق والتبرعات وكذا كل من يتصرف على غيره بالاذن لا يملك انكاح العبد كالمكاتب والشريك والمضارب والماذون لان اطلاق التصرف لها ولا متقيد بالنظر واما تزويج الامة جرا او عبد الغير بهما فيملكه الاب والوصي والجد والمكاتب والمفاوض والقاضي وامين القاضي لانه نفع محض لكونه تحصيل مال من غير ان يقابله المال بالمال محضا اولى **فاما** شريك العنان والمضارب والماذون فلا يملكون تزويج الامة في قول ابي حنيفة رحمه الله ومحمد وعند ابي يوسف رحمه الله يملكون **وجه قوله** ان هذا التصرف نافع لانه تحصيل مال لا يقابله مال فلا يملكونه كشريك المفاوض **وجه قولهما** ان تصرف هؤلاء يختص بالتجارة والنكاح ليس من التجارة لان الدليل بدليل ان الماذون له لا يتزوج نفسها ولو كان النكاح تجارة لملكت ولان التجارة معاوضة المال بالمال والنكاح معاوضة البضع بالمال فلم يكن تجارة فلا يدخل تحت ولا يتم بخلاف المفاوض لان تصرفه يختص بالنفع لا بالتجارة وهذا نافع ولو زوج جارية ابنه من عبد ابنه قال ابو يوسف **قال** ابو يوسف يجوز وقال زفر لا يجوز **وجه قوله** ان تزويج عبد الصغير لم يدخل تحت ولاية الاب وكان الاب فيه كالاجنبي واحتمال الضرر ثابت لجواز ان يبيع الامة فيتعلق المهر والنفقة برقبة العبد فيتضرر به الصغير فيصير كانه زوجه امة الغير **ولنا** ان الموجب سبب ثبوت الولاية موجود فلا يمتنع الثبوت الا لمكان الضرر وهذا نفع لا مضرة فيه لان الاولاد له ولا يتعلق المهر والنفقة برقبة العبد وكان نفعا محضا فيملكه قوله يحتمل ان يبيعه قلنا ويحتمل ان لا يبيعه فلا يجوز تعطيل الولاية المتحققة للحال لامر يحتمل الوجود والعدم **وعلى هذا** يخرج ما اذا زوج الاب والجد ابنته الصغيرة من كفو بدون مهر المثل او زوج ابنه الصغير امراة باكثر من مهر مثلها ان كان ذلك مما يتغابن الناس في مثله يجوز بالاجماع وان كان مما لا يتغابن الناس في مثله يجوز في قول ابي حنيفة رحمه الله وفي قول ابي يوسف ومحمد رحمهم الله لا يجوز وذكر هشام عنهما ان النكاح باطل ولو زوج

جارية ابنه من عبد ابنه قال ابو يوسف رحمه الله يجوز وقال زفر رحمه الله
لا يجوز **وجه قوله** ان تزويج عبد الصغير لم يدخل تحت ولاية الاب فكان
الاب فيه كالاجنبي واحتمال الضرر ثابت لجواز ان يبيع الامه فيتعلق المهر
والنفقه برقبة العبد فيتضرر به الصغير فيصير كانه زوج امة الغير
ولنا ان سبب ولو زوج ابنته الصغيره بمهر مثلها من غير كفو بدون مهر
المثل او زوج فهو على هذا الخلاف ولو فعل غير الاب والجد شيا مما ذكرنا
لا يجوز في قولهم جميعا **وجه قولهما** ان ولاية الانكاح ثبت نظرا للمولى
عليه ولا نظر في الحط عن مهر المثل في انكاح الصغيرة ولا في الزياده
على مهر المثل في انكاح الصغيره بل فيه ضررهما والاضرار لا يدخل
تحت ولاية الولي ولهذا لا يملك غير الاب والجد كذا هذا ولابي حنيفه
رحمه الله ما روي ان ابي بكر الصديق رضي الله عنه زوج عايشه وهي
صغيره من رسول الله صلى الله عليه وسلم على خمسماية درهم وتزوجها
رسول الله صلى الله عليه وسلم على ذلك ومعلوم ان مهر مثلها كان اضعاف
ذلك ولان الاب وافر الشفقه على ولده ينظر له ما لا ينظر غيره
فالظاهر انه لا يفعل ذلك الا لتوفير مقصود من مقاصد النكاح
هو انفع واجدى من كثير من المال من موافقة الاخلاق وحسن
الصحبه والمعاشره بالمعروف ونحو ذلك من المعاني المقصوده بالنكاح
فكان تصرفه والحالة هذه نظرا للصغير والصغيره لا ضررا
بهما بخلاف غير الاب والجد لان وجه الضرر في تصرفهما ظاهر وليس
ثمه دليل على اشتماله على المصلحة الباطنه الخفيه التي تزيد على الضرر
الظاهر لان ذلك انما يعرف بوفور الشفقه ولم يوجد بخلاف ما اذا
باع الاب امة لهما باقل من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه انه لا يجوز
لان البيع معاوضه المال بالمال والمقصود من المعاوضات الماليه
هو الوصول الى العوض المالي وبخلاف ما اذا زوج امتهما باقل من
مهر مثلها انه لا يجوز لانه لا يتم لهما فيما يحصل للامه من حظ
الزوج وانما منفعتهما في حصول عوض بضع الامه وهو مهر المثل
ولم يحصل **و**على هذا الخلاف التوكيل بان وكل رجل رجلا
بان يزوجه امراة فزوجه امراة باكثر من مهر مثلها مقدار مما لا يتغابن
في مثله او وكلت امراة رجلا بان يزوجها من رجل فزوجها من
رجل بدون صداق مثلها او من غير كفوء فهو على اختلاف الوكيل
بالبيع المطلق وهي مسايل كتاب الوكاله وعلى هذا الوكيل
بالتزويج من جانب الرجل والمراه اذا زوج الموكل من لا تقبل
شهادة الوكيل له فهو على الاختلاف في البيع ونذكره في كتاب الوكاله

ان

ان شا الله تعالى **و**على هذا الخلاف الوكيل من جانب الرجل بالتزويج
اذا زوجه امة لغيره انه يجوز عند ابي حنيفه رحمه الله لاطلاق اللفظ
او لسقوط اعتبار الكفاءه من جانب النسا وعندهما لا يجوز لان المطلق
ينصرف الى المتعارف وتعتبر الكفاءه من الجانبين عندهما في مثل هذا
الموضع لمكان العرف استحسانا على ما نذكر في موضعه ان شا الله تعالى
ولو اقر الاب على ابنته الصغيره بالنكاح او على ابنه الصغير لا يصدق
في اقراره حتى يشهد شاهدان على نفس النكاح في قول ابي حنيفه رحمه الله
وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يصدق من غير شهود وصورة
المسيله في موضعين **احدهما** ان تدعي امراة نكاح الصغير وتدعي
رجل نكاح الصغيره والاب ينكر ذلك فيقيم المدعي البينه على اقرار
الاب بالنكاح فعند ابي حنيفه رحمه الله لا تقبل هذه الشهاده حتى
يشهد شاهدان على نفس العقد وعندهما تقبل ويظهر النكاح
والثاني ان يدعي رجل نكاح الصغيره او امراة نكاح الصغير بعد
بلوغهما وهما منكران ذلك فاقام المدعي البينه على اقرار الاب
بالنكاح في حال الصغر لا تقبل هذه الشهاده عند ابي حنيفه
رحمه الله يعني شهد شاهدان على نفس النكاح في حال الصغر **و**على
هذا الخلاف الوكيل بالنكاح اذا اقر على موكله او على موكلته بالنكاح
والمولى اذا اقر على عبده بالنكاح انه لا يقبل عند ابي حنيفه رحمه الله
وعندهما يقبل واجمعوا على ان المولى على امته بالنكاح انه يصدق
من غير شهاده **وجه قولهما** انه اقر بعقد يملك انشاه فيصدق
فيه من غير شهود كما لو اقر بتزويج امته ولا شك انه اقر بعقد يملك
انشاه لانه يملك انشا النكاح على الصغير والصغيره والعبد
ونحو ذلك واذا ملك انشاه لم يكن متهما في الاقرار فيصدق
كالمولى اذا اقر بالفي في مدة الايلا وزوج المعتده اذا قال في العده
راجعتك لما قلنا كذا هذا ولابي حنيفه رحمه الله قول النبي صلى الله
عليه وسلم لا نكاح الا بشهود نفى النكاح بغير شهود من غير فصل بين
الانعقاد والظهور بل الحمل على الظهور اولى لان فيه عملا بحقيقة
اسم الشاهد اذ هو اسم لفاعل الشهاده وهو المودي لها والحاجة
الى الادا عند الظهور لا عند الانعقاد ولانه اقر على الغير فيما
لا يملكه بعقد لا يتم به وحده وانما يتم به وبشاهدين الاخرين
فلا يصدق الا بمساعدة الاخرين قياسا على الوكلا الثلاثه في
النكاح والبيع ودلالة الوصف انه اقر بالنكاح والاقرار بالنكاح
اقرار بمنافع البضع وانها غير مملوكه له **الا تري** انها لو وطيت

بشبهة كان المهر لها لا للاب بخلاف الامة فان منافع بضعها مملوكه ه
له فكان ذلك اقرارا بما يملك فابو حنيفه رحمه الله اعتبر ولاية العقد
وملك المعقود عليه وهما اعتبرا ولاية العقد فقط والله اعلم
واما ولاية الندب والاستحباب فهي الولاية على الحرة البالغة العاقلة
بكرا كانت او ثيبا في قول ابي حنيفه وزفر وابي يوسف الاول وفي قول
محمد وابي يوسف رحمهما الله الاخر الولاية على الحرة البالغة العاقلة
عليها ولاية مشتركه وعند الشافعي رحمه الله هي ولاية مشتركه ايضا
الا في العباره فانها للمولى خاصه وشرط ثبوت هذه الولاية على
اصل اصحابنا رحمهم الله تعالى هو رضا المولى عليه لا غير وعند ه
الشافعي هذا وعبارة الولي ايضا وعلى هذا ينبني الحره البالغه ه
العاقله اذا زوجت نفسها من رجل او وكلت رجلا بالتزويج فزوجها
او زوجها فضولي فاجازت جاز في قول ابي حنيفه وزفر وابي يوسف
الاول سواء زوجت نفسها من كفوء او غيره بمهر وافر او قاصر غير انها
اذا زوجت نفسها من غير كفوء فللاولياء حق الاعتراض وكذا اذا
زوجت بمهر قاصر عند ابي حنيفه رحمه الله خلافا لهما وستاتي ه
المسئله في موضعها ان شاء الله تعالى وفي قول محمد رحمه الله لا يجوز
حتى يجيزه الولي او الحاكم فلا يحل للزوج وطيها قبل الاجازه ولو
وطيها يكون وطيا حراما ولا يقع عليها طلاقه وظهاره وايلاؤه
ولو مات احدهما لم يرثه الاخر سواء زوجت نفسها من كفوء او غير
كفوء وهو قول ابي يوسف الاخر **روى** الحسن بن زياد عنه وروي
عن ابي يوسف رواية اخرى انها اذا زوجت نفسها من كفوء ينعقد
ويثبت سائر الاحكام **وروي** عن محمد انه اذا كان للمراه ولي لا يجوز
نكاحها الا باذنه وان لم يكن لها ولي جاز نكاحها الا باذنه وان لم يكن
لها ولي جاز نكاحها على انه روي عن محمد رحمه الله انه رجع الى قول
ابي حنيفه رحمه الله وقول الشافعي رحمه الله مثل قول محمد في ظاهر الرواية
انه لا يجوز نكاحها بدون الولي الا انهما اختلفا فقال محمد ينعقد ه
النكاح بعبارتها وينعقد باذن الولي واجازته وينعقد بعبارة
الولي وينعقد باذنها واجازتها فعند الشافعي رحمه الله لا عبارة
للنساء في باب النكاح اصلا حتى لو توكلت امراة بنكاح امراه فزوجت
لم يجز عنده وكذا اذا زوجت بنتها باذن القاضي لم يجز واحتج
الشافعي رحمه الله بقوله تعالى وانكحوا الايامى منكم وهذا خطاب ه
للاولياء والايم اسم لامراة لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا ومتى
ثبتت الولاية عليها كانت هي مولية عليها ضروره فلا يكون واليه

وقوله صلى الله عليه وسلم لا يزوج النساء الا الاولياء وقوله لا نكاح الا بولي ولان
النكاح من جانب النساء عقد اضرار بنفسه وحكمه وثمرته اما نفسه فانه رق
واسر قال النبي صلى الله عليه وسلم النكاح رق فلينظر احدكم اين يضع
كريمته وقال اتقوا الله في النساء فانهن عندكم عواري اي اسيرات والارقاق
اضرار واما حكمه فانه مملك فان الزوج يملك التصرف في منافع بضعها
استيفاء بالوطي واسقاطا بالطلاق ويملك حجرها عن الخروج والبروز
وعن التزوج بزوج اخر واما ثمرته فالاستفراش كرها وجبرا
ولا شك ان هذا اضرار الا انه قد ينقلب مصلحه ويجبر ما فيه
من الضرر اذا وقع وسيله في المصالح الظاهره والباطنه ولا يتدارك
ذلك الا بالراي الكامل ورايها ناقص لنقصان عقلها فينبغي ه
النكاح مضر فلا تملكه **واحتج** محمد بما روي عن عائشه رضي الله عنها
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ايما امراة تزوجت
بغير اذن وليها فنكاحها باطل والباطل من التصرفات الشرعيه
ما لا حكم له شرعا كالبيع الباطل ونحوه ولان للاولياء حقا ه
في النكاح بدليل ان لهم حق الاعتراض والفسخ ومن لا حق له في ه
عقد كيف يملك نفسه والتصرف في حق الانسان يقف جوازه على
اجازة صاحب الحق كالامة اذا زوجت نفسها بغير اذن وليها
وجه ما روي عن ابي يوسف انها اذا زوجت نفسها من كفوء ينعقد
لان حق الاولياء في النكاح من حيث صيانتهم عما يوجب لحوق العار ه
والشين بهم بنسبة من لا يكافيهم بالصهرية اليهم وقد بطل هذا
المعنى بالتزويج من كفوء تحققه انها لو وجدت كفوا فطلبت من الولي
الانكاح منه لا يحل له الامتناع ولو امتنع يصير عاضلا فقضاء ل
عقدها والحالة هذه بمنزلة عقد بنفسه **وجه ما روي** عن محمد
رحمه الله عن الفرق بينهما اذا كان لها ولي وبينما اذا لم يكن لها
ولي ان وقوف العقد على اذن الولي كان لحق الولي لا لحقها
فاذا لم يكن لها ولي فلا حق للولي وكان الحق لها خاصه فاذا عقدته
فقد تصرفت في خالص حقها فينفذ واما اذا زوجت نفسها من كفوء
وبلغ الولي فامتنع من الاجازه ورفعت امرها الى الحاكم فانه يجيزه ه
في قول ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله تستانف العقد
وجه قوله ان العقد كان موقوفا على اجازة الولي فاذا امتنع من
الاجازه فقد رده فيرتد ويبطل من الاصل فلا بد من الاستيناف
وجه قول ابي يوسف انه بالامتناع صار عاضلا اذ لا يحل له الامتناع
من الاجازه اذا زوجت نفسها من كفوء فاذا امتنع فقد عضلها فخرج

من ان يكون وليا او تنتقل الولاية الى الحاكم ولابي حنيفة الكتاب والسنة
والاستدلال **اما الكتاب** فقوله تعالى وامراة مومنة ان وهبت نفسها للنبي
ان اراد النبي ان يستنكحها فالاية نص على انعقاد النكاح بعبارتها
وانعقاده بلفظة الهبة فكانت حجة على المخالف في المسئلتين وقوله تعالى
فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والاستدلال به من
وجهين **احدهما** انه اضاف النكاح اليها فيقتضي تصور النكاح منها
والثاني انه جعل نكاح المراة غاية الحرمة فيقتضي انتها الحرمة عند
نكاحها وعنده لا ينتهي وقوله تعالى فلا جناح عليهما ان يتراجعا اي
يتناكحا اضاف النكاح اليهما من غير ذكر الولي وقوله تعالى واذا
طلقتم النسا فبلغن اجلهن فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن اذا تراضوا
بينهم بالمعروف والاستدلال به من وجهين **احدهما** انه اضاف النكاح
اليهن فيدل على جواز النكاح بعبارتهن من غير شرط الولي **والثاني** انه نهى
الاوليا عن المنع عن نكاحهن انفسهن من ازواجهن اذا تراضى الزوجان والنهي
يقتضي تصوير المنهي عنه **واما السنة** فما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما
انه قال ليس للولي مع الثيب امر وهذا قطع ولاية الولي عنها وروي عنه
ايضا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الايم احق بنفسها من وليها والايم
اسم لامراة لا زوج لها **واما الاستدلال** فهو انها لما بلغت عن عقل وهي
حرة فقد صارت ولية نفسها في النكاح فلا يبقى موليا عليها كالصبي العاقل
اذا بلغ والجامع ان ولاية الانكاح انما تثبت للاب على الصغيرة بطريق
النيابة عنها شرعا لكون النكاح تصرفا نافعا متضمنا مصلحة الدين
والدنيا وحاجتها اليه حالا ومآلا وكونها عاجزة عن احراز ذلك
بنفسها وكون الاب قادرا عليه وبالبلوغ عن عقل زال العجز حقيقة
وقدرت على التصرف في نفسها حقيقة فتزول ولاية الغير عنها وتثبت
الولاية لها لان النيابة الشرعية انما تثبت بطريق الضرورة نظرا
فتزول بزوال الضرورة مع ان الحرية منافية لثبوت الولاية عن انكاح
الصغير العاقل اذا بلغ وتثبت الولاية لها كذا هذا واذا صارت
ولي نفسها في النكاح لا يبقى عليها موليا عليها ضرورة لما فيه من الاستحالة
واما الاية فالخطاب للاوليا بالانكاح ليس على ان الولي شرط جواز
النكاح بل على وفاق العرف والعادة بين الناس فان النسا لا يتولين
النكاح بانفسهن عادة لما فيه من الحاجة الى الخروج الى محافل الرجال
وفيه نسبتهن الى الوقاحة بل الاوليا هم الذين يتولون ذلك عليهن
برضاهن فخرج الخطاب بالامر بالانكاح مخرج العرف والعادة على
الندب والاستحباب دون الحتم والايجاب والدليل عليه ما ذكر

عقيبه وهو قوله والصالحين من عبادكم وامائكم ان لم يكن الصلاح شرط
الجواز ونظيره قوله تعالى وكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وتحمل الاية على
انكاح الصغار عملا بالدلايل كلها وعلى هذا يحمل قوله صلى الله عليه وسلم
لا يزوج النسا الا الاوليا ان ذلك على الندب والاستحباب وكذا قوله
لا نكاح الا بولي مع ما حكي عن بعض النقلة ان ثلاثة احاديث لم تصح عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم وعد من جملتها هذا ولهذا لم يخرج في الصحيحين على ان
نقول موجب الاحاديث لكن لم قلتم ان هذا النكاح بغير ولي بل المراة
ولية نفسها لما ذكرنا من الدلايل **واما** قوله النكاح عقد ضرر ممنوع
بل عقد منفعة لاشتماله على مصالح الدين والدنيا من السكن والالفة
والمودة والتناسل والعفة عن الزنا واستيفا المراة بالنفقة الا ان
هذه المصالح لا يتيسر الا بملك عليها اذ لو لم يكن لا تصير ممنوعة عن الخروج
والبروز والتزوج بزوج اخر وفي الخروج والبروز فساد السكن
لان قلب الزوج لا يطمئن اليها وفي التزوج بزوج اخر فساد الفراش
لانها اذا اتت بولد تشتبه النسب ويضيع الولد فالشرع ضرب عليها
نوع ملك ضرورة حصول المصالح فكان الملك وسيلة الى المصالح والوسيلة
الى المصلحة مصلحة وتسمية النكاح رقا بطريق التمثيل لا بطريق التحقيق
لانعدام حقيقة الرق وقوله عقلها ناقص قلنا هذا النوع لا يمنع
من نقصان لا يمنع العلم بمصالح النكاح فلا يسلب اهلية النكاح ولهذا
لا يسلب اهلية سائر التصرفات من المعاملات والديانات حتى يصح منها
التصرف في المال على طريق الاستبداد وان كانت تجري في التصرفات
المالية خيانات خفية لا تدرك الا بالتامل ويصح منها الاقرار
بالحدود والقصاص ويوجد عليها الخطاب بالايمان وساير الشرايع
فدل ان ما لها من العقل كاف **والدليل** عليه ان اعتبر عقلها في
اختيار الازواج حتى لو طلبت من الولي ان يزوجها بغير كفو
يعترض عليها التزوج حتى لو طلبت امتنع يصير عاضلا وينوب
القاضي منابه في التزويج **واما** حديث عائشة رضي الله عنها
فقد قيل ان مداره على الزهري فعرض عليه فانكره وهذا
يوجب ضعفا في الثبوت تحقق الضعف ان راوي الحديث عائشة
رضي الله عنها ومذهبها جواز النكاح بغير ولي **والدليل**
عليه ما روي انها زوجت بنت اخيها عبد الرحمن من المنذر بن
الزبير واذا كان مذهبها في هذا الباب هذا فكيف تروي
حديثا لا تعمل به ولان ثبت فنحمله على الامة لانه روي في بعض
الروايات ايما امراة نكحت بغير اذن مواليها دل ذكر الموالي على ان

المراد من المراة الامة ليكون عملا بالدلايل اجمع **واما** قول محمد رحمه الله ان للولي حقا **فنقول** وبالله التوفيق الحق في النكاح لها على الولي لا للولي عليها بدليل انها تزوج عن الولي اذا غاب غيبة منقطعة واذا كان حاضرا يجبره على التزويج واذا ابى وعضل تزوج عليه والمراة لا تجبر على النكاح اذا ابت واراد الولي فدل ان الحق لها عليه ومن ترك حق نفسه في عقد لا يلزمه قبل غيره لم يوجب ذلك فساده على انه ان كان للولي فيه ضرب حق لكن اثره في المنع من اللزوم لا في المنع من النفاذ والجواز لان حق الاولياء في النكاح من حيث صيانتهم عما يلحقهم من الشين والعار بنسبة غير الكفو اليهم بالصهرية فان زوجت نفسها من كفو فقد حصلت الصيانة فزال المانع من اللزوم فيلزم فان زوجت من غير كفو ففي النفاذ ان كان ضررا بالاولياء وفي عدم النفاذ ضرر لها بابطال اهليتها والاصل في الضررين اذا اجتمعا ان يدفعا ما امكن وههنا امكن دفعهما بان نقول بنفاذ النكاح دفعا للضرر عنها وبعدم اللزوم وثبوت ولاية الاعتراض للاولياء دفعا للضرر عنهم ولهذا نظير في الشريعة فان العبد المشترك بين اثنين اذا كاتبه احدهما نصيبه فنفذ دفعا للضرر عنه حتى لو ادى بدل الكتابة يعتق ولكنه لم يلزمه حتى كان للشريك الاخر حق فسخ الكتابة قبل اداء البدل دفعا للضرر عنه ولهذا نظيره في الشريعة وكذا العبد اذا احرم بحجة او بعمرة صح احرامه حتى لو اعتق يمضي في احرامه لكنه لم يلزم حتى ان للمولى ان يحلله دفعا للضرر عنه وكذا الشفيع حق تملك الدار بالشفعة دفعا للضرر عن نفسه ثم لو وهب المشتري الدار نفذت هبته دفعا للضرر عنه لكنها لا تلزم حتى ان للشفيع حق نقض الهبة والاخذ بالشفعة دفعا للضرر عن نفسه كذا هذا واما شرط التقدم فشيئان **احدهما** العصوبة عند ابي حنيفة فيتقدم العصبة على ذوي الرحم سواء كانت العصبة اقرب او ابعد وعندهما هي ثبوت اصل الولاية على ما مر **والثاني** قرابة فيتقدم الاقرب على الابعد سواء كان من العصبات او في غيرها على اصل ابي حنيفة رحمه الله وعلى اصلهما هذا شرط التقدم لكن في العصبات خاصة بناء على ان العصوبة شرط ثبوت اصل الولاية عندهما وعنده هي شرط التقدم على غيرهم من القرابات فما دام ثمه عصبة فالولاية لهم يتقدم الاقرب منهم على الابعد وعند عدم العصبات تثبت الولاية لذوي الرحم الاقرب منهم يتقدم على الابعد وانما اعتبر الاقرب فالاقرب في الولاية لان هذه

ولاية نظر وتصرف الاقرب انظر في حق المولى عليه فكان هو اولى من الابعد ولان القرابة ان استحقا فيها بالتعصيب كما لا ولا بعد لا يكون عصبة مع الاجد قرب فلا يلي معه فاذا كان استحقاقا بالوراثة كما قال ابو حنيفة فالابعد لا يرث مع الاقرب فلا يكون وليا معه فاذا عرف هذا **فنقول** اذا اجتمع الاب والجد في الصغير والصغيرة والمجنون الكبير والمجنونة الكبيرة فالاب اولى من الجد اب الاب لوجود العصبة والقرب والجد اب الاب اولى من الاخ لاب وام او لاب والاخ اولى من العم هكذا وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله الجد والاخ سواء في المرا فان الاخ لا يرث مع الجد عنده فكان بمنزلة الجد الاجنبي وعندهما يشتركان في الميراث فكانا كالاخوين واذا اجتمع الاب والابن في المجنونة فالابن عند ابي يوسف رحمه الله وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي قول ابي حنيفة مع قول ابي يوسف وروى المعلى عن ابي يوسف انه قال ايهما زوج جاز وان اجتمعا قلت للاب زوج وقال محمد الاب اولى به **وجه قوله** ان هذه الاية تثبت نظرا للولي عليه وتصرف الاب انظر لها لانه اشفق عليها من الابن ولهذا كان هو اولى بالتصرف في مالها ولان الاب من قومها والابن ليس منهم **الا ترى** انه ينسب الى ابيه فكان اثبات الولاية عليها لقرابتها اولى **وجه قول ابي يوسف** ان ولاية التزويج مبنية على العصوبة والاب مع الابن اذا اجتمعا فالابن هو العصبة والاب صاحب فرض فكان كالاخ لام مع الاخ لاب وام **وجه رواية المعلى** انه وجد في كل واحد منهما ما هو سبب التقدم اما الاب فلانه من قومها وهو اشفق عليها واما الابن فلانه يرثها بالتعصيب وكل واحد من هذين سبب التقدم فايهما زوج جاز وعند الاجتماع يقدم الاب تعظيما واحتراما له وكذلك اذا اجتمع الاب وابن الابن وان سفل فهو على هذا الخلاف والافضل في المسالتين ان يفوض الابن الانكاح الى الاب احتراما للاب واحترازا عن موضع الخلاف وعلى هذا الخلاف اذا اجتمع الجد والابن قال ابو يوسف الابن اولى وقال محمد الجد اولى والوجه من الجانبين على نحو ما ذكرنا فاما الجد والاخ فهو على الخلاف الذي ذكرنا بين ابي حنيفة رحمه الله ومن لا ولا وبيان من يرث منهم ومن لا يرث يعرف في كتاب الفرايض ثم انما يتقدم الاقرب على الابعد اذا كان الاقرب حاضرا او غايبا غيبة غير منقطعة فاما اذا كان غايبا غيبة منقطعة فللابعد ان يزوج في قول اصحابنا الثلاثة وعند زفر لا ولاية للابعد مع قيام الاقرب

كما لو قال الشافعي رحمه الله يزوجها السلطان واختلف مشايخنا رحمهم الله
في ولاية الاقرب انها تزول بالغيبة قال بعضهم انها باقية الا انه
انه حدثت للابعد ولاية لغيبة الاقرب فيصير كان لها وليين
مستويين في الدرجة كالاخوين والعمين وقال بعضهم تزول ولايته
وتنتقل الى الابعد وهو الاصح **وجه قول زفر** ان ولاية الاقرب قايمة
لقيام سبب ثبوت الولاية وهو القرابة القريبة ولهذا لو زوجها حيث
هو يجوز وقيام ولايته تمنع الانتقال الى غيره والشافعي يقول ان ولاية
الاقرب باقية كما قال زفر انه امتنع دفع حاجتها من قبل الاقرب مع قيام
ولايته عليها بسبب الغيبة فتثبت الولاية للسلطان كما اذا خطبها
كفو وامتنع الولي من تزويجها منه ان للقاضي ان يزوجها والجامع بينهما
دفع الضرر عن الصغيرة **ولنا** ان في ثبوت الولاية للابعد زيادة نظر
في حق العاجز فتثبت له الولاية كما في الاب مع الجد اذا كانا حاضرين
ودلالة ما قلنا ان الابعد اقدر على تحصيل النظر للعاجز لان مصالح
النكاح متضمنة تحت الكفاءة والمهر ولا شك ان الابعد متمكن من احراز
الكفو الحاضر بحيث لا يفوته غالبا والاقرب الغايب غيبة منقطعة
لا يقدر على احرازه غالبا لان الكفو الحاضر لا ينتظر حضوره واستطلاع
رايه غالبا وكذا الكفو المطلق لان المراة تخطب من حيث هي عادة وكان
الابعد اقدر على احراز الكفو من الاقرب وكان اقدر على احراز النظر
فكان اولى بثبوت الولاية له اذ المرجوح في مقابلة الراجح ملحق بالعدم
في الاحكام كما في الاب مع الجد واما قوله ان ولاية الاقرب قائمة ممنوع
ولا نسلم انه يجوز انكاحه بل لا يجوز لان ولايته منقطعة بواسطة
وقد روي عن اصحابنا ما يدل على هذا فانهم قالوا ان الاقرب اذا
كتب كتابا الى الابعد ليقدم رجلا في الصلاة على جنازة الصغير
فان للابعد ان يمتنع عن ذلك ولو كانت ولاية الاقرب قايمة لما كان
له الامتناع كما اذا كان الاقرب حاضرا فقدم رجلا ليس للابعد
ولاية المنع والمعقول يدل عليه وهو ان ثبوت الولاية لحاجة
المولى عليه ولا مدفع لحاجته والى الاقرب لخروجه من ان يكون
منتفعا به بالغيبة فكان ملحقا بالعدم فصار كانه جن او مات اذ
الموجود الذي لا ينتفع به والعدم الاصلي سوا ولان القول بثبوت
الولاية للابعد مع بقاء الاقرب يودي الى الفساد لان الاقرب
ربما يزوجها من انسان حيث هو ولا علم للابعد بذلك فيزوجها
من غيره فيطاها الزوج الثاني ويجي بالاولاد ثم يظهر انها زوجة
الاول وفيه من الفساد ما لا يخفى ثم ان سلمنا على قول بعض المشايخ

فلا

فلا تنافي بين الولايتين فايهما زوج جاز كما اذا كان لها اخوان او عمان في
درجة واحدة وفيه كمال النظر في حق العاجز لان الكفو ان اتفق حيث الابعد
زوجها منه وان اتفق حيث الاقرب يزوجها منه فيكمل النظر الا ان في حال
الحضرة يرجح الاقرب باعتبار زيادة الشفقة لزيادة القرابة وبه تبين
ان نقل الولاية الى السلطان باطل لان السلطان ولي من لا ولي له
وههنا لها ولي او وليان فلا تثبت الولاية للسلطان الا عند العضل
من الولي ولم يوجد واختلفت الروايات والاقاويل في تحديد الغيبة
المنقطعة عن ابي يوسف رحمه الله روايتان في رواية قال ما بين
بغداد والري وهو عشرون مرحلة في رواية مسيرة شهر فصاعدا
وما دونه ليس بغيبة منقطعة وعن محمد روايتان ايضا روي عنه
ما بين الكوفة والري وروي عنه من الرقة الى البصرة وذكر ابن
شجاع اذا كان غايبا لا تصل اليه القوافل والرسل في السنة الا مرة
واحدة فهي غيبة منقطعة وان كانت القوافل تصل اليه في السنة
غير مرة فهي [illegible] فليست بمنقطعة وهذا اقرب الى الفقه لان التعويل
في الولاية على تحصيل النظر للمولى عليه وعن الشيخ الامام ابي بكر
محمد بن الفضل البخاري انه قال ان كان الاقرب في موضع يفوت الكفو
الخاطب باستطلاع رايه فهو غيبة منقطعة وان كان لا يفوت فليست
بمنقطعة وهذا اقرب الى الفقه لان التعويل في الولاية على تحصيل
النظر للمولى عليه دفع النظر عنه وذلك فيما قاله اذا اجتمع في الصغير
والصغيرة والمجنون الكبير والمجنونة الكبيرة وليان احدهما اقرب
والاخر ابعد فاما اذا كانا في الدرجة سوا كالاخوين والعمين ونحو
ذلك فلكل واحد منهما على حياله ان يزوج رضي الاخر او سخط بعد
ان كان التزويج من كفو بمهر وافر وهذا قول عامة العلما وقال مالك
ليس لاحد الاوليا ولاية الانكاح ما لم يجتمعوا بناء على ان هذه الولاية
ولاية شركة عنده وعند العلما ولاية استبداد **وجه قوله**
ان سبب ثبوت هذه الولاية هو القرابة وانها مشتركة بينهم
فكانت الولاية مشتركة لان الحكم يثبت على وفق العلة وصار
كولاية الملك فان الجارية بين اثنين اذا زوجها احدهما لا يجوز
من غير رضا الاخر لما قلنا كذا هذا **ولنا** ان الولاية لا تتجزى
فتثبت بسبب لا يتجزى وهو القرابة وما لا يتجزى اذا ثبت لجماعة
بسبب لا يتجزى يثبت لكل واحد منهم على الكمال كان ليس معه غيره
كولاية الامان بخلاف ولاية الملك لان سببها الملك وهو متجز
متعدد بتعدد الملك فان زوجها كل واحد من الوليين رجلا على

حلة فان وقع العقدان معا بطلا جميعا لانه لا سبيل الى الجمع بينهما وليس
الجمع باحدهما احدهما باولى من الاخر وان وقعا مرتبا فان كان لا يدري
السابق فكذلك لما قلنا ولانه لو جاز لجاز بالتحري ولا يجوز العمل بالتحري
في الفروج وان علم السابق منهما من اللاحق جاز الاول ولم يجز الاخر وقد
روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اذا انكح الوليان فالاول
احق واما اذا زوج احد الاوليا الحرة العاقلة البالغه برضاها من غير
كفو بغير رضا الباقين فحكمه يذكر في شرايط اللزوم ان شا الله تعالى
واما ولاية الولا فسبب ثبوتها هو الولا قال صلى الله عليه وسلم
الولا لحمة كلحمة النسب سبب لثبوت الولايه كذا الولا والولاء
نوعان ولا عتاقه وولا موالاه اما ولا العتاقه فولايه ولا العتاقه
نوعان ولايه حتم وايجاب وولاية ندب واستحباب عند ابي حنيفه
رحمه الله وعند محمد رحمه الله ولاية استبداد وولاية شركه على
ما بينا في ولاية القرابه وشرط ثبوت هذه الولاية ما هو شرط
ثبوت تلك الولايه الا ان هذه الولايه اختصت بشرط وهو ان لا يكون
للمعتق عصبة من جهة القرابه فان كان فله ان يزوج سوا كان
المعتق ذكرا او انثى واما مولى الموالاه فله ولاية التزويج في قول
ابي حنيفه عند استجماع سائر الشرائط وانعدام سائر الورثه لانه
اخر الورثه وعند ابي حنيفه يوسف ومحمد رحمهما الله ليس له ولاية التزويج
اصلا وراسا لان العصوبة شرط عندهما ولم يوجد واما ولاية الامامه
فسببها الامامه وولاية الامامة نوعان ايضا كولاية القرابه
وشرطها ما هو شرط كذلك تلك الولايه في النوعين جميعا ولها
شرطان اخران احدهما يعم النوعين جميعا ان لا يكون هناك ولي
اصلا لقوله صلى الله عليه وسلم السلطان ولي من لا ولي له والثاني
يخص احدهما وهو ولاية الندب والاستحباب او ولاية الشركه
على اختلاف الاصلين وهو العضل من الولي لان الحرة العاقله
البالغه اذا طلبت الانكاح من كفو وجب عليه التزويج منه لانه
منهي عن العضل والنهي عن الشي امر بضده فاذا امتنع فقد اضر بها
والامام نصب لدفع الضرر فتنتقل الولاية اليه وليس للوصي
ولاية الانكاح وانها لا تحتمل النقل حال الحياة كذا بعد الموت
وكذا الفضولي لانعدام سبب ثبوت الولايه في حقه اصلا ولو انكح
ينعقد موقوفا على الاجازه عندنا وعند الشافعي رحمه الله
لا ينعقد اصلا والمسئلة مرت في كتاب البيوع **ومنها**
الشهاده وهي حضور الشهود والكلام في هذا الشرط في ثلث

مواضع

مواضع احدها في بيان ان اصل الشهاده شرط جواز النكاح ام لا
والثاني في بيان صفات الشاهد الذي ينعقد النكاح بحضورهم
والثالث في بيان وقت الشهاده **اما الاول** فقد اختلف اهل العلم
فيه قال عامة العلما ان الشهاده شرط جواز النكاح وقال
مالك ليست بشرط وانما الشرط هو الاعلان حتى لو عقد النكاح
وشرط الاعلان جاز وان لم يحضره شهود ولو حضره شهود وشرط
عليهم الكتمان لم يجز ولا خلاف في ان الاشهاد في سائر العقود ليس
بشرط ولكنه مندوب اليه ومستحب **قال** الله تعالى في باب المداينه
يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه والكتا
لا تكون لنفسها بل للاشهاد ونص عليه في قوله واستشهدوا
شهيدين من رجالكم وقال في باب الرجعه وقال في باب الرجعه
واشهدوا ذوي عدل منكم **وجه قول مالك** ان النكاح انما يمتاز
عن السفاح بالاعلان فان الزنا يكون سرا فيجب ان يكون
النكاح علانية وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه نهى عن نكاح السر والنهي عن السر يكون امرا بالاعلان
لان النهي عن الشي امر بضده وروي عنه صلى الله عليه وسلم
انه قال اعلنوا النكاح ولو بالدف **ولنا** ما روي عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه قال لا نكاح الا بشهود وروي لا نكاح الا
بشاهدين وعن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه قال الزانيه التي تنكح نفسها بغير بينه
ولو لم تكن الشهاده شرطا لم تكن زانيه بدونها ولان الحاجه
مست الى دفع تهمة الزنا عنها ولا يندفع الا بالشهود لانها
لا تندفع الا بظهور النكاح واشتهاره ولا يشتهر الا بقول الشهود
وبه تبين ان الشهاده ما شرطت في النكاح للحاجه الى دفع الجحود
والانكار لان ذلك يندفع بالظهور والاشتهار لكثرة الشهود
على النكاح بالسماع من العاقدين وبالتسامع ولهذا فارق
سائر العقود فان الحاجه الى الشهاده هناك لدفع احتمال
السهو والنسيان او الجحود والانكار في الثاني اذ ليس بعدها
ما يشهرها ليندفع به الجحود فتقع الحاجه الى الدفع بالشهاده
فندب اليها وما روي انه نهى عن نكاح السر فنقول بموجبه
لكن نكاح السر ما لم يحضره شاهدان فاما ما حضره شاهدان
فهو نكاح علانيه لا نكاح سر اذ السر اذا جاوز اثنين خرج من ان يكون
سرا قال الشاعر ۞ وسرك ما كان عند امرئ ۞ وسر الثلاثة غير الخفي ۞

وكذلك قوله اعلنوا النكاح لانهما اذا احضرا شاهدين فقد اعلناه وقوله ولو ه
بالدف ندب الي زيادة اعلان وهو مندوب اليه والله الموفق واما صفات
الشاهد الذي ينعقد به وهو شرايط تحمل الشهاده للنكاح **فمنها** العقل
ومنها البلوغ **ومنها** الحريه فلا ينعقد النكاح بحضره المجانين والصبيان
والمماليك قنا كان المملوك او مدبرا او مكاتبا من مشايخنا من اصل في هذا
اصلا وقال كل من صلح ان يكون وليا في النكاح بولاية نفسه يصلح شاهدا
فيه والا فلا وهذا الاعتبار صحيح لان الشهاده من باب الولايه لانها
تنفيذ القول على الغير والولاية على نفاذ المشيئه وهولا ليس لهم
ولاية الانكاح لانه لا ولايه لهم على انفسهم فكيف يكون لهم ولايه الانكاح
لانه لا ولايه لهم على انفسهم فكيف يكون لهم ولاية على غيرهم ولا المكاتب
الا المكاتب فانه يزوج امته لكن لا بولاية نفسه بل بولاية مولاه ه
بتسليطه على ذلك لعقد الكتابه وكان التزوج من المولى من حيث
المعنى فلا يصلح شاهدا ومنهم من قال كل من يملك قبول عقد بنفسه ه
ينعقد ذلك العقد بحضوره ومن لا فلا وهذا الاعتبار صحيح
لان الشهاده من شرايط ركن العقد وركنه هو الايجاب والقبول
فكما لا وجود للركن بدون القبول حقيقه لا وجود له شرعا بدون
الشهاده وهولا لا يملكون قبول العقد بانفسهم فلا ينعقد النكاح
بحضورهم **والدليل** على انهم ليسوا من اهل الشهاده ان قاضيا
لو قضي بشهادتهم ينفسخ قضاوه عليه **ومنها** الاسلام في نكاح المسلم
المسلمه فلا ينعقد نكاح المسلم المسلمه بشهادة الكفار لان الكافر
ليس من اهل الولايه على المسلم قال الله تعالى ولن يجعل الله
للكافرين على المومنين سبيلا وكذلك لا يملك الكافر قبول
نكاح الكافره المسلمه ولو قضي قاض بشهادته على المسلم ينقض قضاوه
واما المسلم اذا تزوج ذميه بشهادة ذميين فانه يجوز في قول
ابي حنيفه رحمه الله وابي يوسف سوا كان موافقين لها في المسله او
مخالفين وقال محمد رحمه الله وزفر والشافعي رحمهم الله لا يجوز نكاح المسلم
الذميه بشهادة الذميين اما الكلام مع الشافعي رحمه الله فهو مبني على ان
شهادة اهل الذمه بعضهم على بعض مقبوله على اصلنا وعلى اصله
غير مقبول واما الكلام مع محمد وزفر رحمهما الله فانهما احتجا بما روي
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا نكاح الا بولي وشاهدي
عدل والمراد منه عدالة الدين لا عدالة التعاطي لاجماعنا على ان ه
فسق التعاطي لا يمنع انعقاد النكاح ولان الشهاده شرط جواز العقد
والعقد يتعلق وجوده بالطرفين طرف الزوج وطرف المراه ولم يوجد

الاشهاد

الاشهاد على الطرفين لان شهادته حجه في حق الكافر ليست بحجه في حق
المسلم فكانت شهادته في حقه ملحقة بالعدم فلم يوجد الاشهاد في
جانب الزوج فكانه صار كانهما سمعا كلام المراه دون كلام الرجل ولو
كان كذلك لم يجز النكاح كذا هذا ولهما عمومات النكاح من الكتاب
والسنه نحو قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النسا وقوله واحل لكم
ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم وقول النبي صلى الله عليه وسلم
تزوجوا ولا تطلقوا وقوله تناكحوا وغير ذلك مطلقا عن شرط الا
ان اصل الشهاده واسلام الشاهد صار شرطا في نكاح الزوجين
المسلمين بالاجماع فمن ادعي كونه شرطا في نكاح المسلم الذميه
فعليه الدليل وروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال لا نكاح الا بشهود وروي لا نكاح الا بشاهدين والاستثنا
من النفي اثبات ظاهر وهذا نكاح بشهود لان الشهاده في اللغه
عبارة عن الاعلام والبيان لان ذلك يقف على العقل واللسان
والعلم بالمشهود به وقد وجد الا ان شهادته على المسلم خصت من عموم
الحديث فبقيت شهادته للمسلم داخلة تحته ولان الشهاده من
باب الولايه لما بينا والكافر الشاهد يصلح وليا في هذا العقد
بولاية نفسه ويصلح قابلا لهذا العقد بنفسه فيصلح شاهدا
وكذا يجوز للقاضي الحكم بشهاده هذه للمسلم لانه محل الاجتهاد
على ما نذكر ولو قضي لا ينفذ قضاوه فينعقد النكاح بحضوره
واما الحديث فقد قيل انه ضعيف ولين ثبت فيحمله على نفي الندب
والاستحباب توفيقا بين الدلايل واما قوله العقد خلا عن ه
الاشهاد في جانب الزوج لان شهادة الكافر ليست بحجه في حق
المسلم فنقول شهادة الكافر ان لم تصلح حجة للكافر على المسلم
فتصلح حجة للمسلم على الكافر لانها انما لا تصلح حجة على المسلم لانها
من باب الولايه وفي جعلها حجة على المسلم اثبات الولاية للكافر على
المسلم وهذا لا يجوز وهذا المعنى لم يوجد ههنا لانا اذا جعلناها
حجة للمسلم كان فيه اثبات الولايه للكافر على الكافر وهذا جايز
على انا ان سلمنا ان قوله ليس بحجة في حق المسلم لكن حضوره على ان قوله
حجة ليس بشرط لانعقاد النكاح فانه ينعقد بحضور من لا تقبل ه
شهادته عليه على ما نذكر وهل يظهر نكاح المسلم الذميه بشهاده
ذميين عند الدعوي ينظر في ذلك ان كانت المراه هي المدعيه
للنكاح على المسلم والمسلم منكر لا يظهر بالاجماع لان هذه شهادة
الكافر على المسلم وانها غير مقبوله وان كان الزوج هو المدعي

والمرأة منكوحة فعلى اصل ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله يظهر سواء قال
الشاهدان كان معنا عند العقد رجلان مسلمان او لم يقولا ذلك
واختلف المشايخ على اصل محمد رحمه الله قال بعضهم يظهر وقال بعضهم لا يظهر
سواء قالا كان معنا رجلان مسلمان او لم يقولا ذلك هو الصحيح من
مذهبه ووجهه ان هذه شهادة قامت على نكاح فاسد او على
اثبات فعل المسلم لانهما ان شهدا على نكاح حضراه فقط لا تقبل شهادتهما
لان هذه شهادة على نكاح فاسد عنده وان شهدا على انهما حضراه
ومعهما رجلان مسلمان لا تقبل ايضا لان هذه وان كانت شهادة الكافر
على الكافر لكن فيها اثبات فعل المسلم فتكون شهادة على المسلم فلا تقبل
كمسلم ادعى عبدا في يد ذمي فجحد الذمي دعوى المسلم وزعم ان
العبد عبده فاقام المسلم شاهدين ذميين على ان العبد عبده
قضى له به على هذا الذمي قاضي فلان لا تقبل شهادتهما وان كان
هذا شهادة الكافر على الكافر لما كان فيها اثبات فعل المسلم
بشهادة الكافر وهو قضاء القاضي لم يقبل كذا هذا **ووجه الكلام**
لابي حنيفة وابي يوسف على نحو ما ذكرنا في جانب الانعقاد ان
الشهادة في باب الانعقاد من باب الولاية وللكافر ولاية على الكافر
ولو كان الشاهدان وقت التحمل كافرين ووقت الاداء مسلمين للزوج
فعلى اصلهما لا يشكل انه يقبل شهادتهما لانهما لو كانا في الوقتين
جميعا كافرين تقبل فههنا اولى **واختلف** المشايخ رحمهم الله على
اصل محمد قال بعضهم تقبل وقال بعضهم لا تقبل فمن قال تقبل نظر الى
الاصل وقت الاداء ومن قال لا تقبل نظر الى وقت التحمل **ومنها**
سماع الشاهدين كلام المتعاقدين جميعا حتى لو سمعا كلام احدهما
دون الاخر او سمع احدهما كلام احدهما والاخر كلام الاخر لا يجوز
النكاح لان الشهادة اعني حضور الشهود شرط ركن العقد وركن
العقد هو الايجاب والقبول فلما لم يسمعا كلامهما لا تتحقق الشهادة
عند الركن فلا يوجد شرط الركن **ومنها** العدد فلا ينعقد النكاح
بشاهد واحد لقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود وقوله
لا نكاح الا بشاهدين واما عدالة الشاهد فليست بشرط لانعقاد
النكاح عندنا فينعقد بحضور الفاسقين وعند الشافعي شرط ولا
ينعقد الا بحضور من ظاهره العدالة **واحتج** بما روي عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل
ولان الشهادة خبر يترجح فيه جانب الصدق على جانب الكذب والرجحان
انما يثبت بالعدالة **ولنا** عمومات النكاح مطلقة عن شرط ثم

اشتراط

اشتراط اصل الشهادة لصفاتها المجمع عليها ثبت بالدليل فمن ادعى
شرط العدالة فعليه البيان ولان الفسق لا يقدح في ولاية
الانكاح بنفسه لما ذكرنا في شرائط الولاية وكذا لا يقدح في ولاية
القبول بنفسه فلا يقدح في الشهادة وكذا يجوز للحاكم الحكم بشهادته
في الجملة ولو حكم لا ينقض حكمه لانه محل الاجتهاد فكان من اهل
اثره في الاداء لا في الانعقاد حتى لا يجب على القاضي القضاء بشهادته
ولا يجوز ايضا الا اذا تحرى القاضي الصدق في شهادته وكذا
كون الشاهد غير محدود في القذف ليس بشرط لانعقاد النكاح
فينعقد بحضور المحدودين في القذف غير انه ان كان قد تاب بعد
ما حد ينعقد النكاح بالاجماع وان كان لم يتب لا تقبل شهادته
عندنا على التابيد خلافا للشافعي لان كونه مردود الشهادة
على التابيد يقدح في الاداء لا في التحمل ولانه يصلح وليا في النكاح
بولاية نفسه ويصح القبول منه بنفسه ويجوز القضاء بشهادته
في الجملة فينعقد النكاح بحضوره واذا حد ولم يتب او لم يحد ينعقد
عندنا خلافا للشافعي وهي مسئلة شهادة الفاسق وكذا بصر الشاهد
ليس بشرط فينعقد النكاح بحضور الاعمى لما ذكرنا ولان العمى لا يقدح الا
في الاداء لتعذر التمييز بين المشهود عليه وبين المشهود له الا ترى انه
لا يقدح في ولاية الانكاح ولا في قبول النكاح بنفسه ولا في المنع من جواز
القضاء بشهادته في الجملة فكان من اهل ان ينعقد النكاح بحضوره وكذا
ذكورة الشاهدين ليست بشرط عندنا وينعقد النكاح بحضور رجل وامرأتين
وعند الشافعي شرط ولا ينعقد الا بحضور رجلين والمسئلة قد ذكرناها
في كتاب الشهادات وكذا اسلام الشاهد ليس بشرط في نكاح الكافرين
فينعقد نكاح الزوجين الكافرين بشهادة كافرين وكذا تقبل شهادة
اهل الذمة بعضهم على بعض سواء اتفقت مللهم او اختلفت وهذا
عندنا وعند الشافعي رحمه الله اسلام الشاهد شرط لا ينعقد نكاح الكفار
بشهادة الكفار ولا تقبل شهادة بعضهم على بعض ايضا والكلام في القبول قد مر في
كتاب الشهادات ونتكلم ههنا في انعقاد النكاح بشهادتهم **واحتج**
الشافعي بالمروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا نكاح الا بولي
وشاهدي عدل ولا عدالة مع الكفر لان الكفر اعظم الظلم والخسة فلا يكون
الكافر عدلا فلا ينعقد النكاح بحضوره **ولنا** قوله صلى الله عليه وسلم
لا نكاح الا بشهود وقوله لا نكاح الا بشاهدين والاستثناء من النفي اثبات
من حيث الظاهر والكفر لا يمنع كونه شاهدا لما ذكرنا وكذا لا يمنع ان يكون
وليا في النكاح بولاية نفسه ولا قابلا للعقد بنفسه ولا جواز القضاء

شهادته في الجملة فلا يمنع انعقاد نكاح الزوجين الكافرين بحضوره والله الموفق
وكذا كون شاهد النكاح مقبول الشهادة عليه ليس بشرط لانعقاد النكاح بحضوره
وينعقد النكاح بحضور من لا تقبل شهادته عليه اصلاً اذا تزوج امراة بشهادة
ابنيه منها وهذا عندنا وعند الشافعي لا ينعقد **وجه قوله** ان الشهادة في
باب النكاح للحاجة الى صيانته عن الجحود والانكار والصيانة لا تحصل الا بالقبول
فاذا لم يكن مقبول الشهادة لا تحصل الصيانة **ولنا** ان الاشهاد في النكاح
لدفع تهمة الزنا لا لصيانة العقد عن الجحود والانكار والتهمة تندفع بالحضور
من غير قبول على ان معنى الصيانة تحصل بسبب حضورهما وان كان لا تقبل شهادتهما
لان النكاح يظهر ويشتهر بحضورهما فاذا ظهر واشتهر تقبل الشهادة فيه بالتسامع
فتحصل الصيانة وكذا اذا تزوج امراة بشهادة ابنيه لا منها او ابنيها لا منه
يجوز لما قلنا ثم عند وقوع الجحود والانكار ينظر ان وقعت شهادتهما لواحد من
الابوين لا تقبل وان وقعت عليه تقبل لان شهادة الابن لابويه غير مقبولة
وشهادتهما عليه مقبولة ولو زوج الاب ابنته من رجل بشهادة ابنيه وهما
اخوا المراة فلا شك انه يجوز النكاح واذا وقع الجحود بين الزوجين فان كان الاب
مع الجاحد منهما ايهما كان تقبل شهادتهما على الاب فتقبل وان كان الاب
مع المدعي منهما ايهما كان لا تقبل شهادتهما عند ابي يوسف رحمه الله وعند محمد تقبل
فابو يوسف رحمه الله نظر الى الدعوى والانكار فقال اذا كان الاب مع المنكر
فشهادتهما تقع على الاب فتقبل واذا كان مع المدعي فشهادتهما تقع للاب
لان التزويج كان من الاب فلا تقبل ومحمد رحمه الله نظر الى المنفعة فقال
ان كان للاب منفعة لا تقبل سواء كان مدعياً او منكراً وان لم يكن له منفعة
تقبل وههنا لا منفعة للاب فتقبل والصحيح نظر محمد لان المانع من القبول
هو التهمة والتهمة انما تنشا عن النفع وكذلك هذا الاختلاف فيما اذا قال رجل
لعبده ان كلمك زيد فانت حر ثم قال العبد كلمني زيد وانكر المولى فشهد للعبد
ابنا زيد ان اباهما قد كلمه والمولى ينكر تقبل شهادتهما في قول محمد سواء كان زيد
يدعي الكلام او لا يدعي لانه لا منفعة لزيد في الكلام وعند ابي يوسف ان كان
زيد يدعي الكلام لا تقبل وان كان لا يدعي تقبل وكذلك هذا الاختلاف في
فيمن توكل عن غيره في عقد ثم شهد ابنا الوكيل على العقد فان كان حقوق
العقد لا يرجع الى العاقد تقبل شهادتهما عند محمد سواء ادعى الموكل او لم يدع
لانه ليس فيه منفعة وعند ابي يوسف ان كان يدعي لا يقبل وان كان منكراً
يقبل **واما** بيان وقت هذه الشهادة وهي حضور الشهود فوقتها وقت
وجود ركن العقد وهو الايجاب والقبول لا وقت وجود الاجازة
حتى لو كان العقد موقوفاً على الاجازة فحضروا عند الاجازة ولم يحضروا
عند العقد لا يجوز لان الشهادة شرط ركن العقد فيشترط وجودها عند

نكاح المحارم

الركن والاجازة ليست بركن بل هي شرط النفاذ في العقد الموقوف عند وجوده
لان الاجازة يثبت الحكم بالعقد من حين وجوده فتعتبر الشهادة في ذلك الوقت
والله الموفق **ومنها** كون المراة محللة وهي ان لا تكون محرمة على التابيد فان كانت
محرمة على التابيد فلا يجوز نكاحها لان النكاح احلال واحلال المحرم على التابيد
محال **و**المحرمات على التابيد ثلاثة انواع **محرمات** بالقرابة **و**محرمات بالمصاهرة
ومحرمات بالرضاع **فا**لمحرمات بالقرابة سبع فرق الامهات والبنات
والاخوات والعمات والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت **قال**
الله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات
الاخ وبنات الاخت اخبر الله تعالى عن تحريم هذه المذكورات فاما ان يعمل بحقيقة
هذا الكلام ويقال بحرمة الاعيان حقيقة كما هو مذهب اهل السنة والجماعة وهي منع
الله تعالى الاعيان عن تصرفنا فيها باخراجها من ان يكون محلاً لذلك شرعا
وهو التصرف الذي يعتاد ايقاعه في جنسها وهو الاستمتاع وهو المقصود
بالنكاح مفيد الخلوة عن العاقبة الحميدة فكان تحريم الاستمتاع تحريماً للنكاح
واذا حرم النكاح فانه شرع وسيلة الى الاستمتاع والاستمتاع هو المقصود
فكان تحريم الوسيلة تحريماً للمقصود بالطريق الاولى **واذا** عرف هذا **فنقول**
وبالله التوفيق **تحرم** على الرجل امه بنص الكتاب وهو قوله تعالى حرمت
عليكم امهاتكم وتحرم جداته من قبل ابيه وامه وان علون بدلالة النص لان
الله تعالى حرم العمات والخالات وهن اولاد الاجداد والجدات فالجدات
الجدات اقرب منهن فكان تحريمهن تحريماً من طريق الاولى كتحريم التافيف نصاً
يكون تحريماً للشتم والضرب دلالة وعليه اجماع الامة ايضا وتحرم عليه بناته
بالنص وهو قوله تعالى وبناتكم سواء كانت بنته من النكاح او من السفاح لعموم
النص وقال الشافعي رحمه الله لا تحرم البنت من السفاح لان نسبها لم يثبت
منه فلا تكون مضافة اليه شرعا فلا يدخل تحت نص الارث والنفقة في قوله
تعالى حرمت عليكم يوصيكم الله في اولادكم وفي قوله تعالى وعلى المولود له
رزقهن وكسوتهن بالمعروف كذا ههنا وانا نقول بنت الانسان اسم
لانثى مخلوقة من مائه حقيقة والكلام فيه فكانت بنته حقيقة الا انه لا يجوز
الاضافة اليه شرعا لما فيه من اشاعة الفاحشة وهذا لا ينفي النسبة
الحقيقية لان الحقائق لا مرد لها وهكذا نقول في الارث والنفقة ان النسبة
الحقيقية ثابتة الا ان الشرع اعتبر هناك ثبوت النسب شرعا لجريان
الارث والنفقة لمعنى ومن ادعى ذلك ههنا فعليه البيان وتحرم بنات
بناته وبنات ابنائه وان سفلن بدلالة النص لانهن اقرب من بنات
الاخ وبنات الاخت ومن الاخوات ايضا لان الاخوات اولاد ابيه
وهن اولاد اولاده وكان ذكر الحرمة هناك ذكرا ههنا دلالة وعليه الاجماع

ايضا ويحرم عليه اخواته وعماته وخالاته بالنص وهو قوله تعالى واخواتكم
وعماتكم وخالاتكم سوا كن لاب وام او لاب او لام لاطلاق اسم الاخت والعمه والخاله
ويحرم عليه عمة ابيه وخالته لاب وام سوا او لاب او لام وعمة امه وخالتها ٥
لاب وام او لاب او لام بالاجماع وكذا عمة جده وخالته وعمة جدته وخالتها لاب
وام او لاب او لام يحرم بالاجماع ويحرم عليه بنات الاخ وبنات الاخت بالنص
وهو قوله تعالى وبنات الاخ وبنات الاخت وبنات بنات الاخ وبنات
الاخت وان سفلن بالاجماع ومنهم من قال ان حرمة الجدات وبنات البنات
ونحوهن ممن ذكرنا يثبت بالنص ايضا لانطلاق الاسم عليهن فان جدة الانسان
تسمى اما له وبنت بنته تسمى بنتا له فكانت حرمتهن ثابتة بعين النص لكن هذا
لا يصح الا على قول من يقول يجوز ان يراد الحقيقة والمجاز من لفظ واحد اذا لم
يكن بين حكميهما منافاة لان اطلاق اسم الام على الجدة واطلاق اسم البنت ٥
على بنت البنت بطريق المجاز الا يرى ان من نفى اسم الام وابنت عنهما كان
صادقا في النفي وهذا من العلامات التي يفرق بها بين الحقيقة والمجاز
وقد ظهر امر هذه التفرقة في الشرع ايضا حتى ان من قال لرجل لست انت
بابن فلان لجده لا يصير قاذفا له حتى لا يوخذ بالحد ولان نكاح هولا يفضي
الى قطع الرحم لان النكاح لا يخلوا عن مباسطات تجري بين الزوجين عادة ٥
وبسببها تجري الخشونه بينهما وذلك يفضي الى قطع الرحم لان النكاح لا يخلوا عن
مباسطات تجري بين الزوجين عادة وبسببها تجري الخشونه بينهما وذلك يفضي
الى قطع الرحم فكان النكاح سببا لقطع الرحم مفضيا اليه وقطع الرحم حرام
وهذا المعنى يعم الفرق السبع لان قرابتهن محرمة القطع واجبة الوصل ٥
ويخص الامهات معنى اخر وهو ان احترام الام وتعظيمها واجب ولهذا امر
الولد بمصاحبة الوالدين بالمعروف وخفض الجناح لهما والقول الكريم
ونهي التافيف وتعظيمها واجب ولهذا امر الولد بمصاحبة الوالدين فلو جاز
النكاح والمراه تكون تحت امر الزوج وطاعته وخدمته مستحقة عليها ٥
للزمها ذلك وانه ينفي الاحترام فيودي الى التناقض ويحل له بنت العمه
والخاله وبنت العم والخال لان الله تعالى ذكر المحرمات في اية التحريم ثم
اخبر انه احل ما وراء ذلك بقوله واحل لكم ما وراء ذلكم وبنات الاعمام ٥
والاخوال والعمات والخالات لم يذكرن في المحرمات فكن مما وراء ذلك
فكن محللات وكذا عمومات النكاح لا يوجب الفصل ثم خص عنها المحرمات
المذكورات في اية التحريم فبقي غيرهن تحت التحريم العموم وقد ورد نص خاص
في الباب وهو قوله تعالى يا ايها النبي انا احللنا لك ازواجك الى قوله وبنات
عمك وبنات عماتك وبنات خالك وبنات خالاتك اللاتي هاجرن معك
والاصل فيما يثبت للنبي صلى الله عليه وسلم ان يثبت لامته والخصوص

بدليل

بدليل واما النوع الثاني فالمحرمات بالمصاهره اربعه فرق **الفرقة** ٥
الاولى ام الزوجه وجداتها من قبل ابيها وامها وان علون فيحرم على
الرجل ام زوجته بنص الكتاب وهو قوله تعالى وامهات نسايكم معطوفا
على قوله حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم سوا كان دخل بزوجته او كان
لم يدخل بها عند عامة العلما وقال مالك وداود الاصفهاني ومحمد ٥
بن شجاع البلخي وبشر المريسي ان ام الزوجه لا تحرم على الزوج بنفس
العقد ما لم يدخل بينتها حتى ان من تزوج امراة ثم طلقها قبل الدخول
او ماتت لا يجوز له ان يتزوج امها عند عامة العلما وعندهم يجوز ٥
والمسئلة مختلفه بين الصحابه رضي الله عنهم وروي عن عمر رضي الله عنه
وعلي وعبد الله بن عباس وزيد بن ثابت وعمران بن حصين مثل قول العامة
وجعل الموت كالدخول لانه بمنزلة الدخول في حق المهر فكذا في حق التحريم
احتجوا بقوله تعالى وامهات نسايكم وربايبكم اللاتي في حجوركم من
نسايكم اللاتي دخلتم بهن ذكر امهات النسا وعطف ربايب النسا
عليهن في التحريم بحرف العطف ثم عقب الجملتين بشرط الدخول والاصل
ان الشرط المذكور والاستثنا بمشية الله تعالى عقيب جمل معطوف بعضها
على بعض بحرف العطف كل جملة مبتدا او خبر ينصرف الى الكل لا الى ما يليه
خاصه كمن قال عبده حر وامراته طالق وعليه حج بيت الله الحرام ان فعل
كذا او قال ان شا فينصرف شرط الدخول الى الجملتين جميعا فلا ٥
يثبت الحرمه بدونه **ولنا** قوله تعالى وامهات نسايكم كلام تام
بنفسه منفصل عن المذكور بعده لانه مبتدا وخبر اذ هو معطوف على
ما تقدم ذكره من قوله حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم الى قوله نسايكم
والمعطوف يشارك المعطوف عليه في حكمه ويكون خبر الاول خبرا
للثاني كقوله جاني زيد وعمرو معناه جاني زيد وجاني عمرو وكان
معنى قوله وامهات نسايكم اي وحرمت عليكم امهات نسايكم وانه
مطلق عن شرط الدخول من ادعى ان الدخول المذكور في اخر الكلام
منصرف الى الكل فعليه الدليل **وروي** عن عبد الله بن عمر رضي الله
عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اذا نكح الرجل
امراة ثم طلقها قبل ان يدخل بها فله ان يتزوج ابنتها وليس
له ان يتزوج الام وهذا نص في المسئلتين وعن عمرو بن شعيب عن
ابيه عن جده انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ٥
ايما رجل تزوج امراة فطلقها قبل ان يدخل بها او ماتت عنده ٥
فلا يحل له ان يتزوج امها وهذا نص في المسئلتين وعن ابن
عباس رضي الله تعالى عنهما انه قال ابهموا ما ابهم الله تعالى

وروي عن عبد الله بن مسعود وجابر [illegible] وعمران بن حصين
عن علي وزيد بن ثابت **وعن** [illegible] انه
يعتبر الدخول في الطلاق والموت [illegible] الطلاق [illegible]

اي اطلقوا ما اطلق الله تعالى وكذا روي عن عمران بن حصين انه قال في
هذه الاية ابهموا الاية مبهمة اي مطلقة لا يفصل بين الدخول وعدمه وما روي
عن ابن مسعود رضي الله عنه فقد روي الرجوع عنه فانه روي انه افتى بذلك
في الكوفة فلما اتى المدينة ولقي اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
فذاكرهم رجع الى القول بالحرمة حتى روي انه لما اتى الى الكوفة نهى من
كان افتاه بذلك فقيل انها ولدت اولادا فقال انها وان ولدت ولان
هذا النكاح يفضي الى قطع الرحم لانه اذا طلق بنتها او تزوج بامها حملها
ذلك على الضغينة التي هي سبب القطيعة فيما بينهما وقطع الرحم حرام
فما افضى اليه يكون حراما ولهذا المعنى حرم الجمع بين المراة وامها
وبين المراة وبنتها وبين عمتها وخالتها على ما نذكر بخلاف جانب الام
حيث لا تحرم بنتها بنفس العقد على الام لان اباحة النكاح هناك لا تؤدي
الى القطع لان الام في ظاهر العادات تؤثر بنتها على نفسها في الحظوظ
والحقوق والبنت لا تؤثر امها على نفسها معلوم ذلك بالعادة واذا
جا الدخول تثبت الحرمة لانه تاكدت مودتها بالدخول بالاجماع والعقد
على البنت سبب الدخول بها والسبب يقوم مقام المسبب في موضع الاحتياط
ولهذا تثبت الحرمة بنفس العقد في منكوحة الاب وحليلة الابن كان
ينبغي ان تحرم الربيبة بنفس العقد على الام الا ان شرط الدخول
هناك عرفناه بالنص فبقي الحكم في الاية على اصل القياس واما
قولهم ان الشرط المذكور في اخر الكلام معطوف بعضها على بعض
والاستثنا بمشية الله تعالى ملحق بالكل فنقول هذا الاصل مسلم لكن
في الاستثنا بمشية الله تعالى والشرط المصرح به فاما في الصفة الداخل
على المذكور في اخر الكلام فممنوع بل يقتصر على ما يليه فانك تقول جاني زيد
ومحمد العالم فيقتصر صفة العلم على الذي يليه دون زيد وقوله اللاتي
دخلتم بهن وصف اياهن بالدخول بهن لا شرط من ادعى الحاق الوصف
بالوصف بالشرط فعليه على انه يحتمل ان يكون لمعنى الشرط فيلحق الكل
ويحتمل ان لا يكون فيقتصر على ما يليه فلا يلحق بالشك والاحتمال واذا
وقع الشك والشبهة فيه فالقول لما فيه الحرمة اولى احتياطا على ان
هذه الصفة ان كانت في معنى الشرط لكن اللفظ متى قرن به شرط او صفة
لاثبات حكم يقتضي وجوده عند وجوده اما ما لا يقتضي عدمه عند عدمه
بل عدمه ووجوده عند عدم الشرط والصفة يكون موقوفا على قيام
الدليل وفي نفس هذه الاية ما يدل عليه قال وربائبكم اللاتي في حجوركم
من نسائكم اللاتي دخلتم بهن قال فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا
جناح عليكم ولو كان التقييد بالوصف نافيا الحكم في غير الموصوف

لكان

لكان ذلك القدر كافيا ونحن نقول بحرمة الام عند الدخول بالربيبة
ونحرم الربيبة عند الدخول بالام بظاهر الاية وليس فيها نفي الحرمة
عند عدم الدخول ولا اثباتها فيتوقف على قيام الدليل وقد قام
الدليل على حرمة الام بدون الدخول ببنتها وهو ما ذكرنا
فتثبت الحرمة والله اعلم واما جدات الزوجة من قبل ابيها وامها
فانما عرفنا حرمتهن بالاجماع وبما ذكرنا من المعنى والامهات لا
بعين النص الا على قول من يجيز استعمال اللفظ الواحد على الحقيقة
والمجاز عند عدم التنافي بين حكميهما على ما ذكرنا ثم انما تحرم
الزوجة وجداتها بنفس العقد اذا كان صحيحا فاما اذا كان فاسدا
فلا تثبت الحرمة بالعقد بل بالوطي او ما يقوم مقامه من المس
عن شهوة والنظر الى الفرج عن شهوة على ما نذكر لان الله تعالى
حرم الزوج ام زوجته مضافا اليه والاضافة لا تثبت الا
بالعقد الصحيح فلا تثبت الحرمة الا به واما الفرقة الثانية فبنت
الزوجة وبناتها وبنات بناتها وبنيها وان سفلن اما بنت زوجته
فتحرم عليه بنص الكتاب اذا كان دخل بزوجته فان لم يكن دخل
بها لا تحرم لقوله تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم
اللاتي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم سوا
كانت بنت زوجته في حجره او لا عند عامة العلما وقال بعض الناس
لا تحرم عليه الا ان تكون في حجره ويروى ذلك عن علي بن ابي طالب
ايضا لظاهر قوله تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم حرم الله تعالى
بنت الزوجة بوصف كونها في حجر زوج الام فيتقيد التحريم بهذا
الوصف الا ترى انه لما اضافها الى الزوجة تقيد التحريم به حتى لا تحرم
عليه ربيبة غير الزوجة كذا هذا ولنا ان التنصيص على حكم
في الموصوف لا يدل على ان الحكم في غير الموصوف بخلافه اذ التنصيص لا يدل
على التخصيص فتثبت حرمة بنت زوجة الرجل التي دخل بامها وهي في حجره بهذه
الاية فاذا لم تكن في حجره تثبت حرمتها بدليل اخر وهو كون نكاحها مفضيا الى
قطيعة الرحم سوا كانت في حجره او لم تكن على ما بينا فيما تقدم الا ان الله تعالى
ذكر الحجر بنا على عرف الناس وعادتهم ان الربيبة وبنات ابنائها وان
سفلن تكون في حجر زوج امها عادة فاخرج الكلام مخرج العادة كما في قوله
تعالى ولا تقتلوا اولادكم خشية املاق وقوله تعالى فان خفتم ان لا تعدلوا
فواحدة ونحو ذلك واما بيان بنات الربيبة وبنات ابنائها وان سفلن فتثبت
حرمتهن بالاجماع وبما ذكرنا من المعنى المعقول لا بعين النص الا على
قول من يرى الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد عند امكان العمل بهما وامثا

ابنا ان بنات الربيبة وبنات ابنايها وان سفلن تثبت حرمتهن بالاجماع وبما ذكرنا
من المعنى المعقول لا بعين النص الا على قول من يقول يرى الجمع بين المجاز والحقيقة
في لفظ واحد عند امكان العمل بهما واما الفرقة الثالثة فحليلة الابن من الصلب
وابن الابن وابن البنت وان سفلن فيحرم على الرجل حليلة ابنه من صلبه
بالنص وهو قوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم وذكر الصلب
جاز ان يكون لبيان الخاصية وان لم يكن الابن الا من الصلب كقوله
تعالى ولا طائر يطير بجناحيه وان كان الطائر لا يطير الا بجناحيه وجاز
ان يكون لبيان القسمة والتنويع ان الابن قد يكون من الصلب وقد يكون
من الرضاع وقد يكون بالتبني ايضا على ما ذكر في سبب نزوله لانه
ان النبي صلى الله عليه وسلم لما تزوج امراة زيد بن حارثة بعد ما طلقها
زيد وكان ابنا لرسول الله صلى الله عليه وسلم بالتبني فعابه المنافقون
على ذلك وقالوا انه تزوج بحليلة ابنه فنزل قوله تعالى وحلائل
ابنائكم الذين من اصلابكم وذلك قوله تعالى فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكها
لكي لا يكون على المومنين حرج في ازواج ادعيائهم اذا قضوا منهن وطرا
ولان حليلة الابن لو لم تحرم على الاب فاذا طلقها الابن ربما يندم على ذلك
ويريد العود اليها فاذا تزوجها ابوه اورث ذلك الضغينة بينهما
والضغينة تورث القطيعة وقطع الرحم حرام فيوجب ان تحرم حتى لا يودي الى الحرام
ولهذا حرمت منكوحة الاب على الابن كذا هذا وسوا دخل بها الابن او كان
لم يدخل بها لان النص مطلق عن شرط الدخول والمعنى لا يوجب الفصل
ايضا على ما ذكرنا لان العقد سبب للدخول والسبب يقوم مقام المسبب
في موضع الاحتياط على ما مر وحليلة ابن الابن وابن البنت وان سفل
تحرم بالاجماع او بما ذكرنا من المعنى لا بعين النص لان ابن الابن لا يسمى
ابنا مجازا لا حقيقة فاذا صارت الحقيقة مرادة لم يبق المجاز مرادا
لنا على قول من يقول يجوز ان يراد من لفظ واحد **واما** الفرقة الرابعة
فمنكوحة الاب واجداده من قبل ابيه وامه وان علوا اما منكوحة الاب فيحرم
بالنص وهو قوله ولا تنكحوا ما نكح اباوكم من النسا والنكاح يذكر ويراد
به العقد وسوا دخل بها او لا لان اسم النكاح يقع على العقد والوطي فيحرم
بكل واحد منهما على ما نذكر ولان نكاح منكوحة الاب يفضي الى قطيعة الرحم
لانه اذا فارقها ابوه لعله يندم فيريد ان يعود اليها فاذا نكحها الابن
اوحشه ذلك واورث الضغينة وذلك سبب التباعد بينهما وهو تفسير
قطيعة الرحم وقطع الرحم حرام فكان النكاح شرع سبب الحرام وانه
تناقض فيحرم دفعا للتناقض الذي هو اثر السفه والجهل جل الله تعالى عنهما
واما منكوحة اجداده فيحرم بالاجماع وبما ذكرنا من المعنى لا بعين النص الا

على

٣٦

على قول من يرى الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد عند عدم التنافي
ثم حرمة المصاهرة كما يثبت بالعقد الصحيح يثبت بالوطي الحلال بملك
اليمين حتى ان من وطي جارية بملك يحرم عليه امها وابنتها وجداتها وان علون
وبنات بناتها وان سفلن ويحرم هي على اب الواطي وابنه وعلى اجداده
وان علو وعلى ابنا ابنايه وان سفلوا وكذا يثبت بالوطي في النكاح الفاسد
وفي الوطي عن شبهة بالاجماع ويثبت باللمس فيهما عن شهوة وبالنظر الى
فرجها عن شهوة عندنا ولا يثبت بالنظر الى ساير الاعضا بشهوة ولا
بمس ساير الاعضا لا عن شهوة بلا خلاف وتفسير الشهوة هي ان يشتهي
بقلبه ويعرف ذلك باقراره لانه باطن لا وقوف عليه لغيره وتحرك
الالة وانتشارها هل هو شرط تحقيق الشهوة اختلف المشايخ فيه
قال بعضهم شرط وقال بعضهم ليس بشرط هو الصحيح لان المس والنظر
عن شهوة يتحقق بدون ذلك كالعنين والمجبوب وقال الشافعي لا تثبت
حرمة المصاهرة بالنظر وله في المس قولان وتثبت حرمة المصاهرة بالزنا
وباللمس والنظر بدون النكاح والملك وشبهته عندنا وعند الشافعي
لا تثبت الحرمة بالزنا فاولى ان لا تثبت باللمس والنظر بدون الملك
احتج بقوله تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم
بهن حرم الربائب المضافة الى نسائنا المدخولات وانما تكون المراة
مضافة الينا بالنكاح فكان الدخول بالنكاح شرط ثبوت الحرمة وهذا دخول
بلا نكاح فلا تثبت به الحرمة ولا يثبت بالنظر ايضا لانه ليس بمعنى الدخول
الا ترى انه لا يفسد به الصوم ولا يجب به شي في الاحرام وكذلك اللمس في
قول ابي حنيفة رحمه الله وفي قول يثبت لانه استمتاع بها من وجه فكان
بمعنى الوطي ولهذا حرم بسبب الاحرام كما حرم الوطي وروي عن عايشة رضي
الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الرجل يتبع المراة حراما
اينكح بنتها او يتبع البنت حراما اينكح امها فقال لا يحرم الحرام الحلال انما يحرم
ما كان نكاحا حلالا والتحريم بالزنا تحريم الحلال بالحرام **ولنا** قوله
تعالى ولا تنكحوا ما طاب لكم نكح اباوكم من النسا عقدا ووطيا **وروي**
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من نظر الى فرج امراة لم تحل
له امها ولا ابنتها وروي حرمت عليه امها وابنتها وهذا نص في الباب
لانه ليس فيه ذكر النكاح **وروي** عنه صلى الله عليه وسلم انه قال
ملعون من نظر الى فرج امراة وابنتها ولو لم يكن النظر الاول محرما للثاني
وهو النظر الى فرج ابنتها لم يلحقه اللعن لان النظر الى فرج المراة المنكوحة
نكاحا صحيحا مباح فكيف يستحق اللعن فاذا ثبتت الحرمة بالنظر فبالدخول
اولى وكذا باللمس لان النظر دون اللمس في تعلق الاحكام بهما **الا ترى** انه

انه يفسد الصوم بالانزال عن المس ولا يفسد بالانزال عن النظر الي الفرج
وفي الحج يلزمه بالمس عن شهوة الدم انزل او لم ينزل ولا يلزمه شي بالنظر الي الفرج
عن شهوة انزل او لم ينزل فلما تثبت الحرمة بالنظر فبالمس اولي لان الحرمة انما
تثبت بالنكاح لكونه سببا داعيا الى الجماع اقامة للسبب مقام المسبب في موضع
الاحتياط كما اقيم النوم المفضي الى الحدث مقام الحدث في انتقاض الطهارة
احتياطا لامر الصلاة والقبلة والمباشرة في التسبب والدعوة ابلغ من
النكاح فكان اولي باثبات الحرمة ولان الوطي الحلال انما كان محرما للبنت
لمعني هو موجود هنا وهو انه يصير جامعا بين الام وبنتها في الوطي من
حيث المعنى لان وطي احديهما يذكره وطي الاخري فيصير كانه قاض وطره
منهما جميعا ويجوز ان يكون هذا معني قول النبي صلى الله عليه وسلم
ملعون من نظر الي فرج امراة وابنتها وهذا المعني موجود في الوطي
الحرام واما الاية فلا حجة له فيها بل هي حجة عليه لانها تقتضي حرمة
ربيبته التي هي بنت امراته التي دخل بها مطلقا سوا دخل بها بعد
النكاح او قبله بالزنا واسم الدخول يقع على الحلال والحرام ويحتمل ان
يكون المراد الدخول بعد النكاح ويحتمل ان يكون قبله فكان الاحتياط في
القول بالحرمة واذا احتمل هذا واحتمل هذا فلا يصح الاحتجاج به مع الاحتمال
على ان في هذه الاية اثبات الحرمة بالدخول في النكاح وهذا لا ينفي الحرمة
بالدخول بلا نكاح فكان هذا احتجاجا بالمسكوت وانه لا يصح على ان هذه
الاية حجتنا في اثبات بالمس لانه ذكر الدخول بهن وحقيقة الدخول
بالشي عبارة عن ادخاله في العورة الي الحصن فكان الدخول بالشي
عبارة عن اي حالة كما هو ادخالها في الحصن وذلك باحد يدها
او شي منها ليكون هو الداخل بها فاما بدون ذلك فالمراة هي الداخلة
بنفسها فدل ان المس موجب للحرمة ويحتمل المس فيجب القول بالحرمة احتياطا واما
الحديث فقد قيل انه ضعيف ثم هو خبر واحد مخالف للكتاب ولئن ثبت
فنقول بموجبه لان المذكور فيه الابتاع لا الوطي وابتاعها هو ان يراودها
عن نفسها وذا لا يحرم عندنا انما المحرم هو الوطي ولا ذكر له في الحديث
والله الموفق واما النوع الثالث وهو المحرمات بالرضاعة فموضع
بيانها كتاب الرضاع وانه كتاب مفرد نذكرها فيه ان شا الله تعالى
ومنها ان لا يقع نكاح المراة التي يتزوجها جمعا بين ذوات الارحام
ولا بين اكثر من اربع نسوة في الاجنبيات وجملة الكلام في الجمع
ان الجمع في الاصل نوعان • جمع بين ذوات الارحام • وجمع بين الاجنبيات
اما الجمع بين ذوات الارحام فنوعان ايضا • جمع في النكاح • وجمع
في الوطي ودواعيه بملك اليمين • اما الجمع بين ذوات الارحام ف

فنقول لا خلاف في ان الجمع بين الاختين في النكاح حرام لقوله تعالى وان
تجمعوا بين الاختين معطوفا على قوله حرمت عليكم امهاتكم لان الجمع بينهما
يفضي الى قطيعة الرحم لان العداوة بين الضرتين ظاهر وانها تفضي الى
قطيعة الرحم وقطع الرحم حرام فكذا المفضي وكذا الجمع بين المراة وبنتها
لما قلنا بل اولي لان قرابة الولاد مفترضة الوصل بالاخلاف واختلف
في الجمع بين ذواتي رحم محرم نكاحا سوي هذين الجمعين بين لو كانت احديهما
رجلا لا يجوز له نكاح الاخري من الجانبين جميعا ايتهما كانت غير عين كالجمع
بين امراة وعمتها والجمع بين امراة وبين خالتها ونحو ذلك قال عامة
العلما لا يجوز وقال عثمان البتي الجمع فيما سوي الاختين وسوي
المراة وبنتها ليس بحرام **واحتج** بقوله تعالى واحل لكم ما ورا ذلكم
ذكر المحرمات وذكر فيها حرمة الجمع بين الاختين واحل ما ورا ذلكم من
المحرمات والجمع فيما سوي الاختين لم يدخل في التحريم فكان داخلا
في الاحلال الا ان الجمع بين المراة وبنتها حرم بدلالة النص لان
قرابة الولاد اقوي فالنص الوارد ثمة يكون واردا ههنا من طريق
الاولي **ولنا** الحديث المشهور وهو ما روي عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم انه قال لا تنكح المراة على عمتها ولا على خالتها ولا على
ابنة اخيها ولا على ابنة اختها وزاد في بعض الروايات لا الصغري
على الكبري ولا الكبري على الصغري الحديث اخبر ان من تزوج
عمة ثم بنت اخيها وخالة ثم بنت اختها لا يجوز واخبر انه اذا تزوج بنت
الاخ اولا ثم العمة وبنت الاخت اولا ثم الخالة لا يجوز ايضا ابدا
لئلا يشكل ان حرمة الجمع يجوز ان تكون مختصة باحد الطرفين دون الاخر
كنكاح الامة على الحرة انه لا يجوز ويجوز نكاح الحرة على الامة ولان
الجمع بين ذواتي رحم محرم في النكاح سبب لقطيعة الرحم لان الضرتين
يتنازعان ويختلفان ولا يأتلفان هذا امر معلوم بالعرف والعادة
وذلك يفضي الى قطع الرحم وانه حرام والنكاح سببه فيحرم حتى لا
يودي اليه والى هذا المعني اشار النبي صلى الله عليه وسلم في اخر
الحديث فيما روي انه انكم لو فعلتم ذلك لقطعتم ارحامهن وروي
في بعض الروايات فانهن يتقاطعن وفي بعضها انه يوجب القطيعة
وروي عن انس رضي الله عنه انه قال كان اصحاب رسول الله
صلى الله عليه وسلم يكرهون الجمع بين القرابة في النكاح وقالوا
انه يورث الضغاين وروي عن عبد الله بن مسعود انه كره الجمع بين
بنتي عمين وقال لا احرم ذلك لكن اكره اما الكراهة فلمكان القطيعة
واما عدم الحرمة فلان القرابة بينهما ليست بمفترضة الوصل

اما الاية فيحتمل ان يكون معني قوله تعالي واحل لكم ما وراء ذلكم اي ما وراء ما
حرمه الله تعالي والجمع بين المراة وعمتها و بنتها و بنت خالتها مما احد حرمه الله تعالي
علي لسان رسول الله صلي الله عليه وسلم الذي هو وحي غير متلو علي ان حرمة الجمع
بين الاختين معلومة بقطيعة الرحم والجمع ههنا يفضي الي قطع الرحم فكانت حرمة
ثابتة بدلالة النص فلم يكن في وراء ما حرم في اية التحريم ويجوز الجمع بين امراة
و بنت زوج كان لها من قبل او بين امراة و زوجة كانت لابيها وبها واحد
لانه لا رحم بينهما فلم يوجد الجمع بين ذواتي رحم وقال زفر وبن ابي ليلي لا يجوز
لان البنت لو كانت رجلا لكان لا يجوز له ان يتزوج الاخري لانها منكوحة
ابيه فلا يجوز الجمع بينهما كما لا يجوز الجمع بين الاختين وانا نقول
الشرط ان تكون الحرمة ثابتة من الجانبين جميعا كما لا يجوز الجمع بين الاختين
وهو ان يكون كل واحدة منهما انهما كانت بحيث لو قدرت رجلا لكان
لا يجوز له نكاح الاخري ولم يوجد هذا الشرط لان الزوجة منهما لو كانت
رجلا لكان له ان يتزوج الاخري لان الاخري لا تكون بنت الزوج فلم
تكن الحرمة ثابتة من الجانبين فجاز الجمع بينهما كالجمع بين الاجنبيتين
ولو تزوج الاختين معا فسد نكاحهما لان نكاحهما حصل جمعا بينهما في النكاح
وليست احديهما بفساد النكاح باولي من الاخري ويفرق بينه وبينهما
ثم ان كان قبل الدخول فلا مهر لهما ولا عدة عليهما لان النكاح الفاسد
لا حكم له قبل الدخول وان كان قد دخل بهما فلكل واحدة منهما العقر
وعليهما العدة لان هذا حكم الدخول في النكاح الفاسد علي ما نذكره في
موضعه ان شاء الله تعالي وان تزوج احديهما بعد الاخري جاز نكاح
الاولي وفسد نكاح الثانية ولا يفسد نكاح الاولي لفساد نكاح الثانية
لان الجمع حصل بنكاح الثانية فاقتصر الفساد عليه ويفرق بينه وبين
الثانية فان كان لم يدخل بها فلا مهر لها ولا عدة وان كان دخل بها
فلها العقر وعليها العدة لما بينا ولا يجوز له ان يطأ الاولي
ما لم تنقض عدة الثانية لما نذكر وان تزوج اختين في عقدتين
لا يدري ايتهما اولا لا يجوز له التحري بل يفرق بينهما لان نكاح
احديهما فاسد بيقين وهي مجهولة ولا يتصور حصول مقاصد النكاح
من المجهولة فلا بد من التفريق ثم ان ادعت كل واحدة منهما انها هي الاولي
ولا بينة لهما يقضي لهما بنصف المهر لان النكاح الصحيح احديهما وقد
حصلت الفرقة قبل الدخول لا بصنع المراة فكان الواجب نصف المهر
ويكون بينهما لعدم الترجيح اذ ليست احديهما باولي من الاخري وروي
عن ابي يوسف رحمه الله انه لا يلزم الزوج شي وروي عن محمد رحمه الله انه يجب
عليه المهر كاملا وان قالت لا ندري ايتهما هي الاولي لا يقضي لهما بشي

لكون

لكون المدعية منهما مجهولة الا اذا اصطلحتا علي شي فحينئذ يقضي لهما
وكذلك المراة وعمتها وخالتها في جميع ما وصفنا وكما لا يجوز للرجل
ان يتزوج امراة جمعا في عدة اختها وكذلك التزوج بامراة هي
ذات محرم من امراة يعتقه منه والاصل انما منع صاحب النكاح من
الجمع بين ذواتي المحارم فالعدة تمنع منه وكذا لا يجوز له ان
يتزوج اربعا من الاجنبيات والخامسة تعتد منه سواء كانت
المعتدة من طلاق رجعي او باين او ثلاث او بالحرمية الطارية
بعد الدخول او بالدخول في نكاح فاسد او بالوطي عن شبهة وهذا
عندنا وقال الشافعي رحمه الله يجوز الا في العدة من طلاق رجعي
وروي عن جماعة من الصحابة مثل قولنا نحو علي وعبد الله بن عباس
وزيد بن ثابت رضي الله عنهم **وجه** قوله ان المحرم هو الجمع بين
الاختين في النكاح وقد زال من كل وجه لوجود المزيل له
وهو الطلاق الثلاث والباين ولهذا لو وطيها بعد الطلاق
الثلاث مع العلم بالحرمة لزمه الحد فلم يتحقق الجمع في النكاح
فلا تثبت الحرمة **ولنا** ان ملك الحبس والقيد قائم فان
الزوج يملك منعها من الخروج والبروز وحرمة التزوج بزوج
اخر ثابتة والفراش قائم حتي لو جاءت بولد الي سنتين من وقت
الطلاق وقد كان دخل بها يثبت النسب فلو جاز النكاح لكان
النكاح جمعا بين الاختين في هذه الاحكام فيدخل تحت النص ولان
هذه احكام النكاح لانها شرعت وسيلة الي مقاصد النكاح فكان
النكاح قايما من وجه ببقاء بعض احكامه والثابت من وجه ملحق
بالثابت من كل وجه في باب الحرمة احتياطا الا تري انه الحقت
الام والبنت من وجه بالرضاعة بالام والبنت من كل وجه بالقرابة
والحقت المنكوحة من وجه وهي المعتدة بالمنكوحة من كل وجه في حرمة
الطلاق النكاح كذا هذا ولان الجمع قبل الطلاق انما حرم لكونه
مفضيا الي قطيعة الرحم لانه يورث الضغينة وانما تفضي الي القطيعة
والضغينة ههنا اشد لان معظم النعمة وهو ملك الحل الذي هو
سبب اقتضاء الشهوة قد زال في حق المعتدة وبنكاح الثانية يصير
جميع ذلك لها ويقوم مقامها ويبقي هي محرومة الحظ من الازواج للحال فكانت الضغينة
اشد فكانت ادعي الي القطيعة بخلاف ما بعد انقضاء العدة لانه لم يبق شي من علايق الزوج الاول فكانت
لها سبيل الوصول الي زوج اخر فتستوفي حظها من الثاني فتتسلي به فلا تلحقها الضغينة او كانت
اقل منه من حال قيام العدة فلا يستقيم الاستدلال ولو خلي بامراته ثم طلقها لم يتزوج اختها حتي تنقضي
عدتها لانه وجبت عليها العدة بالخلوة فيمنع نكاح الاخت كما لو وجبت بالدخول حقيقة **فصل**

واما الجمع في الوطي بملك اليمين فلا يجوز عند عامة الصحابة مثل عمر وعلي وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم وروي
عن عثمان رض انه قال كل حرم الله تعالى من الحراير حرمه من الاماء الا الجمع اي الجمع في الوطي بملك اليمين وروي ان
رجلا سال عن عثمان رضي الله عنه عن ذلك فقال ما احب ان احله ولكن احلتهما اية وحرمتهما اية واما انا فلا افعله
فخرج الرجل من عنده فلقي عليا رضي الله عنه فذكر ذلك له فقال لو ان لي من الامر شي لجعلت من فعل ذلك نكالا
وقول عثمان رض احلتهما اية وحرمتهما اية عنى باية التحليل قوله الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم الاية وباية
التحريم قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين وذلك منه اشارة الى تعارض دليل الحل والحرمة فلا تثبت الحرمة
مع التعارض ولعامة الصحابة رض الكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تع وان تجمعوا بين الاختين في الوطي
جمع فيكون حراما واما السنة فما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن
ماءه في رحم اختين واما قول عثمان رضي الله عنه احلتهما اية وحرمتهما اية فالاخذ بالمحرم اولى عند التعارض احتياطا
للحرمة لانه يلحقه المأثم بارتكاب المحرم ولا مأثم في ترك المباح ولان الاصل في الابضاع هو الحرمة والاباحة بدليل فاذا
تعارض دليل الحل والحرمة تدافعا فيجب العمل بالاصل وكما لا يجوز الجمع بينهما في الوطي لا يجوز في الدواعي من اللمس
والتقبيل والنظر الى الفرج عن شهوة لان الداعي الى الحرام حرام واذا عرف هذا فنقول اذا ملك اختين له ان يطأ احدهما
لان الامة لا تصير فراشا بالملك واذا وطئ احدهما ليس له ان يطأ الاخرى بعد ذلك لانه لو وطئ لصار جامعا بينهما في الوطي
حقيقة وكذلك اذا ملك جارية فوطئها ثم ملك اختها كان له ان يطأ الاولى لما قلنا وليس له ان يطأ الاخرى ذلك
ما لم يحرم فرج الاولى على نفسه اما بالتزويج او بالاخراج عن ملكه بالاعتاق او بالبيع او بالهبة او بالصدقة
لانه لو وطئ الاخرى لصار جامعا بينهما في الوطي حقيقة وهذا لا يجوز ولو كاتبها يحل له وطئ الاخرى في ظاهر
الرواية وروي عن ابي يوسف انه قال لا يحل لانه بالكتابة لم يملك وطئها غيره وقال في هذه الرواية ايضا انه لو ملك
فرج الاولى غيره لم يكن له ان يطأ الاخرى حتى تحيض الاولى حيضة بعد وطئها لجواز ان يكون حاملا منه فيكون
جامعا ماءه في رحم اختين فيستبرئها بحيضة حتى يعلم انها ليست بحامل وجه ظاهر الرواية انه حرم فرجها على
المولى بالكتابة الا ترى انه لو وطئها لزمه العقر ولو وطئت بشبهة او نكاح كان المهر لا للمولى فلا يصير بوطي
الاخرى جامعا بينهما في الوطي ولو تزوج جارية ولم يطأها حتى ملك اختها وليس له ان يطأ المشتراة لان
الفراش يثبت بنفس النكاح لان ملك النكاح يقصد به الوطي والولد فصارت المنكوحة موطوءة حكما فلو وطئ
المشتراة لصار جامعا بينهما في الوطي ولو كان في ملكه جارية قد وطئها ثم تزوج اختها او تزوج اخت ام
ولده جاز النكاح عند عامة العلماء ولكن لا يطأ الزوجة ما لم يحرم فرج الامة التي في ملكه او ام ولده وقال
مالك لا يجوز النكاح وجه قوله ان النكاح بمنزلة الوطي بدليل انه يثبت به النسب كالوطي وبدليل انه لا يجوز له ان
يطأ المملوكة ههنا نكاح اختها فلو لم يكن بمنزلة الوطي يصير بالنكاح جامعا بينهما في الوطي وانه لا يجوز ولنا
ان النكاح ليس بوطي حقيقة وليس بمنزلة الوطي ايضا لان النكاح يلاقي الاجنبية ولا يجوز وطي الاجنبية
فلا يكون نكاحها جمعا بينهما في الوطي الا ان النكاح اذا انعقد يجعل الوطي موجودا حكما بعد الانعقاد لما انه حكم
المختص بالنكاح وهو حل الوطي ولهذه المطلوبة منه الولد ولا حصول له عادة بدون الوطي فيجعل الشرع واطئا
حكما بعد انعقاد النكاح ولحوق الولد بالفراش فلو وطئ المملوكة لصار جامعا بينهما وطئا ولان الامة لا تصير
فراشا بنفس الوطي عندنا حتى لا يثبت النسب بدون الدعوة عندنا فلا يكون نكاح اختها جمعا بينهما
في الفراش فلا يمنع منه وام الولد فراشها ضعيف حتى ينتفي نسب ولدها بمجرد قوله وهو مجرد النفي من غير لعان
وكذا يحتمل النقل الى غيره فلا يتحقق النكاح جمعا بينهما مطلقا فلا يمنع منه والله اعلم ولا يجوز ان يتزوج اخت

ام ولد

ام ولده التي تعتد منه بان اعتقها ووجبت عليها العدة في قول ابي ح رح ويجوز ان يتزوج اربعا في عدتها
وقال ابو يوسف ومحمد يجوز كلاهما وقال زفر لا يجوز كلاهما وجه قول زفر ان هذه معتدة فلا يجوز التزوج
باختها واربع سواها كالحرة المعتدة وجه قولهما ان الحرمة في النكاح لمكان الجمع بينهما في النكاح من وجه ولم
يوجد في ام الولد لانعدام النكاح اصلا ولان العدة في ايام الولد اثر فراش الملك وحقيقة الفراش فيها لا يمنع النكاح
حتى لو تزوج اخت ام ولده واربع نسوة قبل ان يعتقها جاز واذا لم يكن فراش الملك حقيقة مانعا فاثره اولى ان لا يمنع
ولابي حنيفة رح انه انما جاز نكاح اخت ام الولد قبل الاعتاق لضعف فراشها على ما بينا فاذا اعتقها قوي فراشها
فكان نكاح اختها جمعا بينهما في الفراش وهو استحقاق نسب ولديهما ولا يجوز استحقاق نسب ولد اختين في
زمان واحد ولهذا لو تزوج اخت ام ولده لا يحل له وطئ المنكوحة حتى يزيل فراش ام الولد ونكاح الاربع وان كان
جمعا بينهن في الفراش لكن الجمع ههنا في الفراش جائز الا ترى انه جاز قبل الاعتاق فانه اذا تزوج اربعا قبل الاعتاق
يحل له وطئهن ووطئ ام الولد ايضا فكذا بعد الاعتاق والله اعلم فصل واما الجمع بين الاجنبيات فنوعان ايضا
جمع في النكاح وجمع في الوطي ودواعيه بملك اليمين اما الجمع في النكاح فنقول لا يجوز للحر ان يتزوج اكثر من اربع من الحراير والاماء
عند عامة العلماء وقال بعض الناس يباح له الجمع بين التسع وقال بعضهم يباح له الجمع بين الثمانية عشر واحتجوا بظاهر قوله
تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فالاولون قالوا ان الله تعالى ذكر هذه الاعداد بحرف الواو وانه
للجمع وجملتها تسعة فيقتضي اباحة التسع واستدلوا ايضا بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم انه تزوج تسع نسوة
وهو قدوة الامة والآخرون قالوا المثنى ضعف الاثنين والثلاث ضعف الثلاث والرباع ضعف الاربع
جملتها ثمانية عشر ولنا ما روي ان رجلا اسلم وتحته ثمان نسوة فاسلمن فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اختر منهن
اربعا وفارق البواقي ولو كانت الزيادة على الاربع حلالا لما امر فدل على ان منتهى العدد المشروع هو الاربع ولان
في الزيادة على الاربع خوف الجور عليهن بالعجز عن القيام بحقوقهن لان الظاهر انه لا يقدر على الوفاء بحقوقهن واليه
وقعت الاشارة بقوله تعالى وان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة اي لا تعدلوا في القسم والجماع والنفقة في نكاح المثنى والثلاث
والرباع فواحدة بخلاف نكاح رسول الله صلى الله عليه وسلم لان خوف الجور منه غير ماموم لكونه مؤيدا على القيام بحقوقهن
بالتاييد الالهي وكان ذلك من الآيات الدالة على نبوته لان اثر الفقر على الغنى والضيق على السعة وتحمل المشاق والشدائد
على الهوينا والدعة من العبادات والامور المتعبدة وهذه الاشياء اسباب قطع الشهوات والحاجة الى النساء ومع
ذلك كان يقوم بحقوقهن دل انه انما قدر على ذلك بالله تعالى واما الآية فلا يمكن العمل بظاهرها لان المثنى ليس عبارة
عن الاثنين والثلاث عن الثلاث ولا الرباع عن الاربع بل ادنى ما يراد بالمثنى مرتان من هذا العدد وادنى ما يراد
بالثلاث ثلاث مرات من العدد وكذا الرباع وذلك يزيد على التسع بكثير ولا قائل به دل ان العمل بظاهر الآية متعذر
فلا بد لها من تاويل وله تاويلان احدهما ان يكون على التخيير بين نكاح الاثنين والثلاث والاربع كانه قال مثنى او ثلاث
او رباع واستعمال الواو مكان او جائز والثاني ان يكون ذكر هذه الاعداد على التداخل وهو ان قوله وثلاث يدخل فيه المثنى
وقوله ورباع يدخل فيه الثلاث كما في قوله تعالى قل أئنكم لتكفرون بالذي خلق الارض في يومين ثم قال وجعل فيها رواسي
من فوقها وبارك فيها وقدر فيها اقواتها في اربعة ايام واليومان الاولان داخلان في الاربع لانه لو لم يكن كذلك لكان
خلق هذه الجملة في ستة ايام ثم اخبر الله تع انه خلق السموات في يومين بقوله فقضاهن سبع سموات في يومين فيكون
خلق الجميع في ثمانية ايام وقد اخبر الله تع انه خلق السموات والارض في ستة ايام فيؤدي الى الخلف في خبره تعالى وهو مستحيل عليه
الخلف فكان على التداخل فكذا ههنا جاز ان يكون العدد الاول داخلا في الثاني والثاني في الثالث فكان في الآية اباحة نكاح
الاربع ولا يجوز للعبد ان يتزوج اكثر من اثنتين لما روينا من الحديث وذكرنا من المعنى فيما تقدم فصل واما الجمع

في الوطء ووطء اجنبية بملك اليمين فجائز وان كثرت الجواري لقوله تعالى فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة
او ما ملكت ايمانكم اي ان خفتم ان لا تعدلوا في نكاح المثنى والثلاث والرباع في ايفاء حقوقهن
فانكحوا واحدة فان خفتم ان لا تعدلوا في واحدة فمما ملكت ايمانكم كانه قال هذا اي الزيادة على
الواحدة الى الاربع عند القدرة على المعادلة وعند خوف الجور في ذلك الواحدة من الحرائر وعند
خوف الجور في نكاح الواحدة فتسري الجواري والتسري بهن وذلك قوله تعالى او ما ملكت ايمانكم ذكر مطلقا
عن شرط العدد وقال الله تعالى الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم مطلقا ولان حرمة الزيادة على
الاربع في الزوجات لخوف الجور عليهن في القسم والجماع ولم يوجد هذا المعنى في الاماء لانه لا حق لهن
قبل المولى في القسم والجماع **فصل** ومنها ان لا يكون تحته حرة هو شرط جواز نكاح الامة
على الحرة والاصل فيه ما روي عن علي رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
لا تنكح الامة على الحرة وقال علي رضي الله عنه وتنكح الحرة على الامة وللحرة الثلثان من القسم
وللامة الثلث ولان الحرة تبتني عن الشرف والعزة وكمال الحال فنكاح الامة على الحرة ادخال
على الحرة من لا يساويها في القسم وذلك يشعر بالاستهانة والحاق الشين بها ونقصان
الحال وهذا لا يجوز وسواء كان المتزوج حرا او عبدا عندنا لان ما روينا من الحديث وذكرنا من
المعنى لا يوجب الفصل وعند الشافعي يجوز للعبد ان يتزوج امة على حرة بناء على ان
عدم الجواز للحر عنده لعدم شرط الجواز وهو عدم طول الحرة وهذا ليس بشرط جواز نكاح الامة
عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد يجوز ان يتزوج امة على حرة تعتد من طلاق
بائن او ثلاث وجه قولهما ان المحرم ليس هو الجمع بين الامة والحرة بدليل انه لو تزوج امة ثم تزوج
حرة جاز وقد حصل الجمع وانما المحرم هو نكاح الامة على الحرة قال صلى الله عليه وسلم لا تنكح
الامة على الحرة ولا يتحقق النكاح عليها بعد البينونة الا ترى انه لو حلف لا يتزوج على امرأته
فتزوج بعدما ابانها في عدتها لا يحنث ولابي حنيفة رحمه الله ان نكاح الامة في عدة الحرة نكاح عليها
من وجه لان بعض آثار النكاح قائمة فكان النكاح قائما من وجه فكان نكاحها عليها من وجه والثابت
من وجه ملحق بالثابت من كل وجه في باب الحرمات احتياطا فيحرم كنكاح الاخت في عدة الاخت ونحو
ذلك على ما بينا فيما تقدم واما عدم طول الحرة وهو القدرة على مهر الحرة وخشية العنت فليس من
شرائط جواز نكاح الامة عند اصحابنا والحاصل ان من شرائط جواز نكاح الامة عند ابي حنيفة رح ان لا يكون
في نكاح المتزوج حرة ولا في عدة حرة وعندهما خلو الحرة عن العدة ليس بشرط لجواز نكاح الامة
وقال الشافعي من شرائط جواز نكاح الامة ان لا يكون قادرا على مهر الحرة وان يخشى العنت
حتى انه اذا كانت في ملكه امة يطأها بملك اليمين جاز له ان يتزوج امة عندنا وعنده لا يجوز لعدم
خشية العنت وكذلك الحر يجوز له ان يتزوج اكثر من امة واحدة عندنا وعنده اذا تزوج امة واحدة
لا يجوز له ان يتزوج امة اخرى لزوال خشية العنت بالواحدة ولا خلاف في ان طول الحرة لا يمنع العبد
من نكاح الامة احتج الشافعي رضي الله عنه بقوله تع ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المؤمنات
فمما ملكت ايمانكم من فتياتكم المؤمنات ومن كلمة شرط فقد جعل الله تعالى العجز عن طول الحرة شرط جواز
نكاح الامة فيتعلق الجواز به كما في قوله تعالى في كفارة الظهار فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا
ونحو ذلك وقال الله تعالى ذلك لمن خشي العنت منكم وهو الزنا شرط خشية العنت لجواز نكاح الامة

فيتقيد

فيتقيد الجواز بهذا الشرط ايضا ولان جواز نكاح الاماء في الاصل يثبت بطريق الضرورة لما يتضمن
نكاحهن من ارقاق الجزء لان ماء الحر جزء منه فكان في نكاح الامة ارقاق جزء حر الى هذا اشار
عمر رضي الله عنه فيما روي عنه انه قال ايما حر تزوج امة فقد اعتق نصفه فلا يجوز ارقاق الحر من غير ضرورة
ولهذا اذا كانت تحته حرة لا يجوز نكاح الامة وهذا لان الارقاق اهلاك لانه يخرج به من ان يكون منتفعا به
في حق نفسه فيصير ملحقا بالبهائم واهلاك الجزء من غير ضرورة لا يجوز كقطع اليد ونحو ذلك ولا ضرورة حالة
القدرة على الحرة فبقي الحكم فيها على الاصل ولهذا لم يجز اذا كانت تحته حرة لارتفاع الضرورة بخلاف ما اذا كان
المتزوج عبدا لان نكاحه ليس ارقاق الحر لان ماءه رقيق تبعا له وارقاق الرقيق لا يتصور ولنا عمومات
النكاح وهو قوله تعالى وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم وقوله فانكحوهن باذن
اهلهن وقوله واحل لكم من غير فصل بين حال القدرة على مهر الحرة وعدمها ولان النكاح عقد مصلحة
في الاصل لاشتماله على المصالح الدينية والدنيوية فكان الاصل فيه هو الجواز اذا صدر من الاهل في المحل
وقد وجد واما الآية فالطول المذكور يحتمل ان المراد به القدرة على المهر كما قال ويحتمل ان يراد به القدرة
على المهر لان النكاح يذكر ويراد به الوطء بل حقيقة للوطء على ما عرف فكان معناه فمن لم يقدر منكم على
وطء المحصنات وهن الحرائر والقدرة على الحرة انما يكون في النكاح ونحن به نقول ان من لم يقدر على وطء
حرة بان لم يكن في نكاحه حرة يجوز له نكاح الامة ومن قدر على ذلك بان كان في نكاحه حرة لا يجوز له نكاح الامة نقل هذا التاويل
عن علي رضي الله عنه فلا يكون حجة مع الاحتمال على ان فيها اباحة نكاح الامة عند عدم طول الحرة وهذا
لا ينفي الاباحة عند وجود الطول كالتعليق بالشرط عندنا يقتضي الوجود عند وجود الشرط
اما لا يقتضي العدم عند عدمه قال الله تعالى وان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة ثم اذا تزوج واحدة
جاز وان كان لا يخاف الجور في نكاح المثنى والثلاث والرباع وقال الله تعالى في الاماء فاذا
احصن فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب وهذا لا ينفي الحد
عنهن عند عدم الاحصان وهو الجواب عن تعلقه بقوله تعالى ذلك لمن خشي العنت منكم
على ان العنت يذكر ويراد به الضيق لقوله تعالى ولو شاء الله لاعنتكم اي لضيق عليكم اي
من يتضيق عليه النفقة والاسكان فليترك الحرة بالطلاق وليتزوج الامة واما قوله نكاح الامة
واما قوله نكاح الامة يتضمن ارقاق الجزء لان ماء الحر حر فنقول ان عني به اثبات حقيقة الرق
في الماء فهذا لا يتصور لان الماء جماد لا يوصف بالرق والحرية وان عني به التسبب الى
حدوث رق الولد فهذا مسلم لكن اثر هذا في الكراهة لا في الحرمة فان نكاح الامة في حال الحرة
في حق العبد جائز بالاجماع وان كان نكاحها مباشرة سبب حدوث الرق وعندنا يكره نكاح الامة
مع طول الحرة ولو تزوج امة وحرة في عقدة واحدة جاز نكاح الحرة وبطل نكاح الامة لان كل واحدة
منهما على صاحبتها مدخولة عليها فيعتبر حال الاجتماع بحال الانفراد فيجوز نكاح الحرة لان نكاحها
على الامة حالة الانفراد جائز فكذا حالة الاجتماع ويبطل نكاح الامة لان نكاحها على الحرة وادخالها
عليها لا يجوز حالة الانفراد وكذا عند الاجتماع بخلاف ما اذا تزوج اختين في عقدة واحدة لان المحرم
هناك هو الجمع بين الاختين والجمع حصل بهما فبطل نكاحهما وههنا المحرم هو الامة على الحرة لا الجمع الا ترى
انه لو كان نكاح الامة متقدما على نكاح الحرة جاز نكاح الحرة وان وجد الجمع بين اجنبية وذات محرم جاز
نكاح الاجنبية وبطل نكاح المحرمة ويعتبر حالة الاجتماع بحالة الانفراد وهل ينقسم المهر عليهما في قول الحكم

حنيفة رح

لا ينتقص ويكون كلها للاجنبية وعندهما ينتقص على قدر مهر مثلها **فصل** ومنها ان لا يكون منكوحة الغير
لقوله تع والمحصنات من النساء عطفا على قوله حرمت عليكم امهاتكم الى قوله والمحصنات من النساء وهن
ذوات الازواج وسواء كانت مسلمة او مشركة الا المسبية التي هي ذات زوج لان قوله والمحصنات من النساء
عام في جميع ذوات الازواج ثم استثنى منه المملوكات بقوله الا ما ملكت ايمانكم والمراد منها المسبيات اللاتي
سبين وهن ذوات الازواج ليكون المستثنى من جنس المستثنى منه فيقتضي حرمة نكاح كل ذات زوج الا التي
سبيت كذا روي عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال في هذه الاية كل ذات زوج اتيانها زنا الا ما سبيت والمراد منه
التي سبيت وحدها واخرجت الى دار الاسلام لان الفرقة تثبت بتباين الدارين عندنا لا بنفس السبي على ما ذكرنا
فصارت هي في حكم الذمية ولان اجتماع رجلين على امراة واحدة يفسد الفراش لانه يوجب اشتباه النسب
وتضييع الولد وفوات السكن والالفة والمودة فيفوت ما وضع له النكاح **فصل** ومنها ان لا يكون
معتدة الغير ايضا لقوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله اي ما كتب عليها من التربص
ولان بعض احكام النكاح حالة العدة قائم فكان النكاح قائما من وجه والثابت من وجه كالثابت من كل وجه
في باب الحرمات وانه لا يجوز التصريح بالخطبة في حال قيام العدة ومعلوم ان خطبتها بالنكاح دون حقيقة
النكاح فلما لم تجز الخطبة فلان لا يجوز العقد اولى وسواء كانت العدة عن طلاق او وفاة او دخول
في نكاح فاسد او شبهة نكاح لما ذكرنا من الدلائل ويجوز لصاحب العدة ان يتزوجها اذا لم يكن
هناك مانع اخر غير العدة لان العدة حقه قال الله تعالى فما لكم عليهن من عدة تعتدونها اضاف العدة
الى الازواج فدل انها حق الزوج وحق الانسان لا يجوز ان يمنعه من التصرف وانما يظهر اثره في حق
الغير ويجوز نكاح المسبية لغير السابي اذا سبيت وحدها دون زوجها واخرجها اخرجت الى دار الاسلام
بالاجماع لانه وقعت الفرقة بينهما ولا عدة عليها لقوله تعالى والمحصنات من النساء الا ما ملكت ايمانكم والمراد
المسبيات اللاتي هن ذات الازواج فقد احل المسبية للمولى السابي اذ الاستثناء من التحريم اباحة
من حيث الظاهر وقد احلها مطلقا من غير شرط انقضاء العدة فدل انه لا عدة عليها وكذلك
المهاجرة وهي المراة التي جاءت الينا من دار الحرب مسلمة مراغمة لزوجها يجوز نكاحها ولا عدة عليها
في قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد عليها العدة ولا يجوز نكاحها وجه قولهما ان الفرقة وقعت بتباين
الدارين فيقع بعد دخولها دار الاسلام وهي بعد الدخول مسلمة وفي دار الاسلام وهي بعد الدخول تجب
عليها العدة كسائر المسلمات ولابي حنيفة رح قوله تع يا ايها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن
الله اعلم الى قوله ولا جناح عليكم ان تنكحوهن اذا آتيتموهن اجورهن اباح نكاح المهاجرة مطلقا
من غير ذكر العدة وقوله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر نهى المسلمين عن الامساك والامتناع عن
نكاح المهاجرة لاجل عصمة الزوج الكافر وحرمته فالامتناع عن نكاحها للعدة والعدة حق الزوج يكون
امساكا وتمسكا بعصمة الزوج الكافر وهذا منهي عنه ولان العدة حق من حقوق الزوج ولا يجوز ان يبقى
للحربي على المسلمة الخارجة الى دار الاسلام حق والدليل عليه انه لا عدة على المسبية وان كانت كافرة على
الحقيقة لكونها في حكم الذمية يجري عليها احكام الاسلام ويمنع ذلك ينقطع عنها حق الزوج الكافر فالمهاجرة
المسلمة حقيقة لان ينقطع عنها حق الزوج الكافر اولى وهذا اذا هاجرت الينا وهي حائل فاما اذا كانت حاملا ففيه اختلاف
رواية عن ابي ح وسنذكر ان شاء الله تع **فصل** ومنها ان لا يكون بها حمل ثابت النسب من
الغير فان كان لا يجوز نكاحها فان لم تكن معتدة لوجود حمل ثابت النسب من المولى وهذا لان الحمل اذا كان

اذا كان ثابت النسب من الغير وماؤه محترم لزم حفظ حرمة مائه بالمنع من النكاح وعلى هذا يخرج
ما اذا تزوج امراة حاملا من الزنا انه لا يجوز في قول ابي حنيفة ومحمد ولكن لا يطاها حتى تضع وقال ابو يوسف
لا يجوز وهو قول زفر وجه قول ابي يوسف ان هذا الحمل يمنع الوطء فيمنع العقد ايضا كالحمل الثابت النسب
وهذا لان المقصود من النكاح هو حل الوطء فاذا لم يحل له وطؤها لم يكن النكاح مفيدا فلا يجوز ولهذا لم يجز
اذا كان الحمل ثابت النسب كذا هذا ولهما ان المنع من نكاح الحامل حملا ثابت النسب لحرمة ماء الوطء ولا حرمة
لماء الزنا بدليل انه لا يثبت النسب قال النبي صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر فاذا لم يكن
له حرمة لا يمنع جواز النكاح الا انها لا توطا حتى تضع لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من كان
يومن بالله واليوم الاخر فلا يسقين ماءه زرع غيره وروي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال لا يحل
لرجلين يومنان بالله واليوم الاخر ان يجتمعا من امراة واحدة في طهر واحد وحرمة الوطء لعارض
على المحل لا ينافي النكاح لا بقاء ولا ابتداء كالحيض والنفاس واما المهاجرة اذا كانت حاملا فعن
ابي حنيفة رحمه الله روايتان روى عن محمد انه لا يجوز وهو احدى روايتي ابي يوسف عنه وعن ابي
يوسف رواية اخرى فيه انه يجوز نكاحها ولكنها لا توطا حتى تضع وجه هذه الرواية ان
ماء الحربي لا حرمة له فكان بمنزلة ماء الزاني وذا لم يمنع جواز النكاح كذا هذا الا انها لا توطا
حتى تضع لما روينا وجه الرواية الاخرى ان هذا حمل ثابت النسب لان انساب اهل الحرب ثابتة
فيمنع جواز النكاح كسائر الاحمال الثابتة النسب والطحاوي اعتمد رواية ابي يوسف والكرخي رواية
محمد وهي المعتمد عليها لان حرمة نكاح الحامل ليست لمكان العدة لا محالة فانها قد ثبتت عند عدم
العدة كام الولد اذا كانت حاملا من مولاها بل لثبوت نسب الحمل كما في ام الولد والحمل هنا ثابت النسب
فيمنع النكاح وعلى هذا نكاح المسبية ذات الزوج اذا كانت حاملا واخرجت الى دار الاسلام يجب
ان يكون على اختلاف الرواية ولا خلاف في انه لا يحل وطؤها قبل الوضع ولا قبل الاستبراء بحيضة
اذا كانت حائلا والاصل فيه ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في سبايا اوطاس الا لا توطا
الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبران بحيضة **فصل** ومنها ان يكون للزوجين ملة يقران
عليها فان لم يكن بان كان احدهما مرتدا لا يجوز نكاحه اصلا لا لمسلم ولا لكافر غير مرتد ولا مرتد مثله
لانه ترك ملة الاسلام ولا يقر على الردة بل يجبر على الاسلام اما بالقتل ان كان رجلا بالاجماع
واما بالحبس والضرب ان كان امراة عندنا الى ان يموت او يسلم فكانت الردة في معنى الموت
لكونها سببا مفضيا اليه والميت لا يكون محلا للنكاح ولان ملك النكاح ملك معصوم ولا عصمة
مع الردة ولان نكاح المرتد لا يقع وسيلة الى مقاصد المطلوبة منه لانه يجبر على الاسلام على ما بينا فلا
يفيد فائدته فلا يجوز والدليل عليه ان الردة لو اعترضت على النكاح رفعته فاذا قارنته تمنعه
من الوجود من طريق الاولى كالرضاع لان المنع اسهل من الدفع **فصل** ومنها ان لا تكون المراة
مشركة اذا كان الرجل مسلما فلا يجوز للمسلم ان ينكح المشركة لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن
ويجوز ان ينكح الكتابية لقوله والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم والفرق ان الاصل ان لا يجوز
للمسلم نكاح الكافرة لان ازدواج الكافرة والمخالطة معها مع قيام العداوة الدينية لا يحصل السكن والمودة الذي
هو قوام مقاصد النكاح الا انه جوز نكاح الكتابية لرجاء اسلامها لانها آمنت بكتب الانبياء والرسل في الجملة
وانما نقضت الجملة بالتفصيل بناء على انها اخبرت عن الامر على خلاف حقيقته فالظاهر انها متى نبهت على

حقيقة الامر تنبهت وتابى بالايمان على التفصيل على حسب ما كانت آمنت به على الجملة هذا هو الظاهر
من حال التي يبتنى امرها على الدليل دون الهوى والطبع والزوج يدعوها الى الاسلام ويبينها على حقيقة الامر
فكان في نكاح المسلم رجا اسلامها فيجوز نكاحها لهذه العاقبة الحميدة بخلاف المشركة فانها في اختيارها الشرك
ما ثبت امرها على الحجة بل على التقليد لوجود الاباء على ذلك من ان ينتهي ذلك الى الخبر ممن يجب قبول قوله واتباعه
وهو الرسول فالظاهر انها لا تنظر في الحجة ولا تلتفت اليها عند الدعوة فيبقى ازواج الكافرة مع بقاء العداوة
المانعة عن السكن والمودة خاليا عن العاقبة الحميدة فلم يجز نكاحها سواء كانت الكتابية حرة او امة
عندنا وقال الشافعي رضي الله عنه لا يجوز نكاح الامة ويحل وطؤها بملك اليمين واحتج بقوله تعالى ولا
تنكحوا المشركات حتى يؤمن والكتابية مشركة على الحقيقة لان المشركين يشركون بالله في الالهية
واهل الكتاب كذلك قال الله تعالى وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى ان الله ثالث
ثلاثة فعموم النص يقتضي حرمة نكاح جميع المشركات الا انه خص منه الحراير من الكتابيات لقوله تعالى
والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم وهن الحراير فبقيت الاماء منهن على ظاهر العموم
ولان جواز نكاح الاماء في الاصل ثبت بطريق الضرورة لما ذكرنا فيما تقدم والضرورة تندفع بنكاح
الامة المؤمنة ولنا عمومات النكاح نحو قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم وقوله فانكحوهن باذن
اهلهن فانكحوا ما طاب لكم من النساء وغير ذلك من غير فصل بين الامة المؤمنة والامة
الكتابية الا ما خص واما الاية فهي في غير الكتابيات من المشركات لان الكتابيات وان كن مشركين
على الحقيقة لكن هذا الاسم في متعارف الناس يطلق على المشركين من غير اهل الكتاب وقال الله تع
ما يود الذين كفروا من اهل الكتاب ولا المشركين وقال ان الذين كفروا من اهل الكتاب والمشركين في نار جهنم
فصل بين الفريقين في الاسم على ان الكتابيات ان دخلن تحت عموم اسم المشركات بحكم ظاهر لكنهن خصصن عن العموم
بقوله تع والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم والاماء الكتابيات اذا كن عفايف عبارة عن المنع يحصل
بالعفة والصلاح كما يحصل بالحرية والاسلام والنكاح لان كل ذلك مانع المراة عن ارتكاب الفاحشة فبينا
ولهن عموم اسم المحصنات وقوله الاصل في نكاح الاماء الفساد ممنوع بل الاصل في النكاح هو الجواز حرة كانت
المنكوحة او امة مسلمة او كتابية لما مر ان النكاح عقد مصلحة والاصل في المصالح اطلاق الاستيفاء والمنع
عنه لمعنى في غيره على ما عرف ولا يجوز للمسلم نكاح المجوسية لان المجوس ليسوا من اهل الكتاب قال الله
تعالى وهذا كتاب انزلناه مبارك الى قوله ان تقولوا انما انزل الكتاب على طائفتين من قبلنا
معناه والله اعلم اي انزلت الكتاب عليكم لئلا تقولوا انما انزل الكتاب على طائفتين من قبلنا ولو كان
المجوس من اهل الكتاب لكان اهل الكتاب ثلاث طوائف فيؤدي الى الخلف في خبره وذلك محال على انه هذا
لو كان حكاية عن قول المشركين لكان دليلا على ما قلنا لانه حكى عنهم القول ولم يعقبه بالانكار عليهم
والتكذيب اياهم والحكم انه احكى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال سنوا بالمجوس سنة اهل الكتاب
غير ناكحي نسائهم ولا اكلي ذبائحهم ودل قوله سنوا بالمجوس سنة اهل الكتاب على انهم ليسوا من اهل
الكتاب ولا يحل وطؤها بملك اليمين ايضا والاصل انه لا يحل وطء كافرة بنكاح ولا بملك يمين الا اهل الكتاب
خاصة لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن واسم النكاح يقع على العقد والوطء جميعا فيحرمان
ومن كان احد ابويه كتابيا والاخر مجوسيا كان حكمه حكم اهل الكتاب لانه لو كان احد ابويه مسلما يعطى له
حكم الاسلام يعلو ولا يعلى عليه وكذا اذا كان كتابيا يعطى له حكم اهل الكتاب لان الكتابي له بعض

احكام

احكام اهل الاسلام وهو المناكحة وجواز الذبيحة والاسلام يعلو بنفسه
وباحكامه ولان رجا الاسلام من الكتابي اكثر فكان اولى بالاستتباع واما
الصابيات فقد قال ابو حنيفة رحمه الله انه يجوز للمسلم انكاحهن وقال ابو يوسف
ومحمد لا يجوز وقيل ليس هذا باختلاف في الحقيقة وانما الاختلاف لاشتباه
مذهبهم فاذن ابي حنيفة رحمه الله هم قوم يؤمنون بكتاب فانهم يقرؤون
الزبور ولا يعبدون الكواكب لكنهم يعظمونها كتعظيم المسلمين الكعبة
في الاستقبال اليها الا انهم يخالفون غيرهم من اهل الكتاب في بعض
ديانتهم وذا لا يمنع المناكحة كاليهود مع النصارى وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
الخصم قوم يعبدون الكواكب وعابد الكواكب كعابد الوثن فلا يجوز للمسلمين مناكحتهم **ومنها** اسلام الرجل اذا كانت المراة مسلمة فلا يجوز
انكاح المؤمنة الكافر لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولان
في انكاح الكافر المؤمنة خوف وقوع المؤمنة في الكفر لان الزوج يدعوها
الى دينه والنساء في العادات يتبعن الرجال فيما يؤثرون من الافعال
ويقلدونهم في الدين اليه وقعت الاشارة في اخر الاية بقوله
اولئك يدعون الى النار لانهم يدعون المؤمنات الى الكفر والدعاء
الى الكفر دعاء الى النار لان الكفر يوجب فكان نكاح الكافر المسلمة
سببا داعيا الى الحرام فكان حراما والنص وان ورد في المشركين لكن
العلة وهي الدعاء الى النار يعم الكفرة اجمع فيتعمم الحكم بعموم
العلة فلا يجوز انكاح المسلمة الكتابي كما لا يجوز انكاحها الوثني
والمجوسي ولان الشرع قطع ولاية الكافرين عن المؤمنين بقوله
تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا فلو جاز نكاح
الكافر المؤمنة لثبت له عليها سبيل وهذا لا يجوز واما انكحة
الكافر غير المرتدين بعضهم لبعض فجائز في الجملة عند عامة العلماء
وقال مالك انكحتهم فاسدة لان للنكاح في الاسلام شرايط
لا يراعونها فلا يحكم بصحة انكحتهم وهذا غير سديد لقوله تعالى
وامراته حمالة الحطب سماها امراته ولو كانت انكحتهم فاسدة
لم تكن امراته حقيقة ولان النكاح سنة آدم صلى الله عليه وسلم
فهم على شريعته في ذلك وقال النبي صلى الله عليه وسلم
ولدت من نكاح ولم اولد من سفاح وان كان ابواه كافرين ولان
القول بفساد انكحتهم يؤدي الى امر شنيع وهو الطعن في نسب كثير
وهو الطعن في نسب كثير من الانبياء صلوات الله وسلامه عليهم
لان كثيرا منهم ولدوا من ابوين كافرين والمذاهب تمحض بعبادها
فلما افضى الى منع عرف فسادها ويجوز نكاح اهل الذمة بعضهم لبعض

وان اختلفت شرايعهم لان الكفر كله ملة واحدة اذ هو تكذيب الرب سبحانه
وتعالي فيما انزل على رسوله صلى الله عليه وسلم وقال الله تعالى لكم دينكم
ولي دين فاختلافهم في شرايعهم بمنزلة اختلاف كل فريق منهم فيما بينهم في بعض
شرايعهم وذا لا يمنع جواز النكاح بعضهم لبعض كذا هنا **ومنها** ان لا يكون
احد الزوجين ملك صاحبه ولا شقص منه ملكه فلا يجوز للرجل ان يتزوج
بجاريته ولا جارية مشتركة بينه وبين غيره وكذلك لا يجوز للمراة ان
تتزوج عبدها ولا العبد المشترك بينها وبين غيرها لقوله تعالى
والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم
اباح الوطي باحد امرين لان كلمة او تتناول احد المذكورين فلا
يجوز الاستباحة بهما جميعا ولان للنكاح حقوقا تثبت على الشركة
بين الزوجين منها مطالبة المراة الزوج بالوطي ومطالبة الزوج بالمراة
بالتمكين حوا لهم وقيام ملك الرقبة يمنع من الشركة واذا لم تثبت
الشركة في ثمرات النكاح لا يفيد النكاح فلا يجوز ولان الحقوق الثابتة
بالنكاح لا يجوز ان تثبت على المولى لامته ولا على الحرة لعبدها لان
ملك الرقبة يقتضي ان تكون الولاية للمالك وكون المملوك يولي
عليه وملك النكاح يقتضي ثبوت الولاية للمملوك على المالك
فيودي الى ان يكون الشخص الواحد في زمان واحد واليا ومولِيا
عليه في شي واحد وهذا محال ولان النكاح الموقت لا يجوز من غير
مهر عندنا ولا يجب للمولى على عبده دين ولا للعبد على مولاه وكذا لا يجوز
ان يتزوج مدبرته ومكاتبته لان كل واحد منهما ملكه وكذا اذا اعترض
ملك اليمين على النكاح يبطل النكاح بان ملك احد الزوجين صاحبه
او شقصا منه لما نذكره في موضعه ان شا الله تعالى **ومنها** التابيد
فلا يجوز النكاح الموقت وهو نكاح المتعة وانه نوعان احدهما
ان يكون بلفظ التمتع والثاني ان يكون بلفظ النكاح والتزوج
او ما يقوم مقامهما اما التزوج الاول فهو ان يقول اعطيك كذا
على ان اتمتع منك يوما او شهرا او سنة ونحو ذلك وانه باطل عند
عامة العلما وقال بعض العلما الناس هو جايز واحتجوا بظاهر قوله
تعالى فما استمتعتم به منهن فاتوهن اجورهن فريضة والاستدلال
بها من ثلثة اوجه احدها انه ذكر الاستمتاع ولم يذكر النكاح
والاستمتاع والتمتع واحد والثاني انه امر بايتا الاجر وحقيقته
الاجارة والمتعة عقد الاجارة على منفعة البضع الثالث
انه امر بايتا الاجر بعد الاستمتاع وذلك يكون في عقد الاجارة
والمتعة فاما المهر فانما يجب في النكاح بنفس العقد ويوخذ الزوج

بالمهر

بالمهر اولا ثم يمكن من الاستمتاع فدلت الاية على جواز عقد المتعة
ولنا الكتاب والسنة والاجماع والمعقول **اما** الكتاب فقوله تعالى
والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم حرم الجماع
الا باحد شيين والمتعة ليست بنكاح فبقي التحريم **والدليل** على انها ليست
بنكاح انها ترتفع من غير طلاق ولا فرقة ولا يجري التوارث بينهما
فدل انها ليست بنكاح فلم تكن هي زوجة له وقوله تعالى في اخر الاية
فمن ابتغى ورا ذلك فاولئك هم العادون سمى مبتغي ما ورا ذلك
عاديا فدل على حرمة الوطي بدون هذين السببين وقوله تعالى ولا
تكرهوا فتياتكم على البغا وكان ذلك منهم اجارة الاما نهى عن
ذلك وسماه بغا فدل على الحرمة **واما السنة** فما روي عن علي رضي
الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النسا يوم
خيبر وعن اكل لحوم الحمر الانسية وعن سبرة الجهني ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النسا يوم خيبر كان قايما بين
الركن والمقام وهو يقول اني اذنت لكم في المتعة فمن كان عنده شي
فليفارقه ولا تاخذوا مما اتيتموهن شيا فان الله قد حرمها الى
يوم القيامة **واما** الاجماع فان الامة باسرهم امتنعوا
عن العمل بالمتعة مع ظهور الحاجة لهم الى ذلك **واما المعقول**
فلان النكاح ما شرع لاقتضا الشهوة بل لاغراض ومقاصد يتوسل
بها اليه واقتضا الشهوة بالمتعة لا يقع وسيلة الى المقاصد فلا يشرع
واما الاية فمعنى قوله فما استمتعتم به منهن اي في النكاح لان
المذكور في اول الاية واخرها هو النكاح فان الله تعالى ذكر اجناسا من
المحرمات في اول الاية في النكاح واباح ما ورا ذلك بالنكاح بقوله
واحل لكم ما ورا ذلكم ان تبتغوا باموالكم اي بالنكاح وقوله محصنين
غير مسافحين اي متناكحين غير زانيين وقال في سياق الاية ومن
لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات ذكر النكاح لا الاجارة والمتعة
فينصرف قوله فما استمتعتم به منهن الى الاستمتاع بالنكاح واما قوله
سمى الواجب اجرا فسمى المهر في النكاح ليسمى اجرا قال الله تعالى فانكحوهن باذن
اهلهن واتوهن اجورهن اي مهورهن وقال يا ايها النبي انا احللنا لك
ازواجك اللاتي اتيت اجورهن وقوله امر بايتا الاجر بعد الاستمتاع
بهن والمهر يجب بنفس النكاح ويوخذ قبل الاستمتاع **قلنا** قد قيل
في الاية تقديم وتاخير كانه قال فاتوهن اجورهن اذا استمتعتم به منهن اي
اذا اردتم الاستمتاع بهن كقوله تعالى يا ايها النبي اذا طلقتم النسا فطلقوهن
لعدتهن اي اذا اردتم تطليق النسا على انه ان كان المراد من الاية الاجارة والمتعة

عقد صادف منسوخة بما تلونا من الآيات ورويناه من الأحاديث وعن ابن عباس
رضي الله عنهما انه قوله فما استمتعتم به منهن منسوخة بقوله تعالى يا أيها النبي إذا
طلقتم النساء وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال المتعة متعة النساء منسوخة
نسختها آية الطلاق والصداق والعدة والمواريث والحقوق التي تجب فيها
النكاح هو الذي يثبت به هذه الأشياء ولا يثبت منها بالمتعة **وأما الثاني**
فهو أن يقول أتزوجك عشرة أيام ونحو ذلك وانه فاسد عند أصحابنا
الثلاثة وقال زفر النكاح جائز وهو مؤبد والشرط باطل وروى
الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله انه قال إذا ذكرا من المدة مقدار
ما يعيشان إلى تلك المدة فالنكاح باطل وإن ذكرا من المدة ما لا
يعيشان إلى تلك المدة في الغالب يجوز النكاح كأنهما ذكرا الأبد
وجه قوله انه ذكر النكاح وشرط فيه شرطا فاسدا والنكاح لا
يبطله الشروط الفاسدة فيبطل الشرط ويبقى النكاح صحيحا كما
إذا قال تزوجتك على أن أطلقك بعد عشرة أيام **ولنا** انه لو جاز هذا
العقد لكان لا يخلو إما أن يجوز موقتا بالمدة المذكورة وإما أن يجوز
مؤبدا لا سبيل إلى الأول لأن هذا معنى المتعة إلا انه عبر عنها
بلفظ النكاح والتزوج والمعتبر في العقود معانيها لا الألفاظ كالكفالة
بشرط براءة الأصيل انها حوالة معنى لوجود معنى الحوالة وإن لم يوجد
لفظها والمتعة منسوخة ولا وجه للثاني لأن فيه استحقاق البضع
عليها من غير رضاها وهذا لا يجوز وأما قوله انه أتى بالنكاح ثم أدخل
عليه شرطا فاسدا فممنوع بل أتى بنكاح موقت والنكاح الموقت
نكاح متعة والمتعة منسوخة وهذا وصار هذا كالنكاح المضاف انه
لا يصح ولا يقال يصح النكاح ويبطل الإضافة لأن الآتي به نكاح مضاف
وانه لا يصح كذا هذا بخلاف ما إذا قال أتزوجك على أن أطلقك بعد
عشرة أيام لأن هناك أبد النكاح ثم شرط قطع التأبيد بذكر
الطلاق في النكاح المؤبد لأن على أن كلمة شرط والنكاح المؤبد
لا تبطله والله أعلم **ومنها** المهر عندنا فلا جواز للنكاح
بدون المهر والكلام في هذا الشرط في مواضع في بيان أن المهر هل هو
شرط جواز النكاح أم لا وفي بيان أدنى المقدار الذي يصلح مهرا
وفي بيان ما يصح تسميته مهرا وما لا يصح وفي بيان حكم صحة التسمية
وفسادها وفي بيان ما يجب به المهر وبيان وقت وجوبه وكيفية
وجوبه وما يتعلق بذلك من الأحكام وفي بيان ما يتأكد به كل المهر
وفي بيان ما يسقط به الكل وفي بيان ما يسقط به النصف وفي بيان
حكم اختلاف الزوجين في المهر **أما الأول** فقد اختلف فيه قال أصحابنا

المهر

ان

ان المهر شرط جواز النكاح المسلم **و**قال الشافعي ليس بشرط ويجوز النكاح
بدون المهر حتى أن من تزوج امرأة ولم يسم لها مهرا بأن سكت عن ذكر
المهر أو تزوجها على أن لا مهر لها ورضيت المرأة به لكن يجب مهر المثل
من الزوج ولو مات الزوج قبل الدخول يستحق مهر المثل من تركته عنده
لا يجب مهر المثل بنفس العقد وإنما يجب بالفرض على الزوج أو بالدخول
حتى لو دخل بها قبل الفرض يجب مهر المثل بلا خلاف وإنما تجب المتعة
ولو مات الزوج كان لا يقضى بشيء في قول أبي حنيفة وفي قول أبي
يوسف ومحمد رحمهما الله يقضى لورثتها بمهر مثلها ويستوفى من تركة
الزوج ولا خلاف في أن النكاح يصح من غير ذكر المهر ومع نفيه لقوله
تعالى لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة
رفع الجناح عمن طلق في نكاح لا تسمية فيه والطلاق لا يكون إلا بعد
النكاح فدل على جواز النكاح بلا تسمية وقوله يا أيها الذين آمنوا
إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن والمراد منه
الطلاق في نكاح لا تسمية فيه بدليل انه أوجب المتعة بقوله فمتعوهن
والمتعة إنما تجب في نكاح لا تسمية فيه فدل على جواز النكاح من غير
تسمية ولأنه مبني وأما الدليل على أن لا جواز للنكاح بدون المهر كان
ذكره ذكرا للمهر ضرورة **احتج** الشافعي بقوله تعالى وآتوا النساء
صدقاتهن نحلة سمى الصداق نحلة والنحلة هي العطية والعطية هي الصلة
فدل أن المهر صلة زائدة في باب النكاح فلا يجب بنفس العقد ولأن النكاح
عقد ازدواج لأن اللفظ لا ينبئ إلا عنه فيقتضي ثبوت الزوجية بينهما
وحل الاستمتاع لكل واحد منهما بصاحبه تحقيقا لمقاصد النكاح
إلا انه تثبت عليها نوع ملك في منافع البضع ضرورة تحقق المقاصد ولا
ضرورة في إثبات ملك المهر لها عليه فكان المهر عطية زائدة في حق الزوج
صلة لها فلا يصير عوضا إلا بالتسمية **و**الدليل على جواز النكاح من غير
مهر أن المولى إذا زوج أمته من عبده يصح النكاح ولا يجب المهر لأنه
لو وجب عليه لوجب للمولى ولا يجب للمولى على عبده دين **و**كذا الذمي إذا
تزوج ذمية بغير مهر جاز النكاح ولا يجب المهر وكذا إذا ماتت في
هذه المسألة قبل الفرض لا يجب شيء عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى
ولنا قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم أخبر
انه أحل ما وراء ذلك بشرط الابتغاء بالمال دل انه لا جواز للنكاح بدون
المال **فإن قيل** الإحلال بشرط ابتغاء المال لا ينفي الإحلال بدون
هذا الشرط خصوصا على أصلكم أن تعليق الحكم بالشرط لا ينفي وجوده
عند عدم الشرط **فالجواب** أن الأصل في الأبضاع والنفوس هو الحرمة

والاباحة تثبت بهذا الشرط فعند عدم الشرط تبقى الحرمة على الاصل لا الحكم
التعليق بالشرط فلم يثبتنا فهو اصلنا رحمه الله تعالى **وروى** عن علقمة عن عبد
الله بن مسعود ان رجلا كان يختلف اليه لشهر ليسأله عن امراة مات عنها زوجها
ولم يكن فرض لها شيئا وكان يتردد في الجواب فلما تم الشهر قال للسائل
لم اجد ذلك في كتاب الله ولا فيما سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم
ولكن اجتهد رايي فان اصبت فمن الله وان اخطات فمن ام عبد وفي
رواية فان كان صوابا فمن الله وان كان خطا فمني ومن الشيطان
والله ورسوله منه بريان ارى لها مهر مثل نسائها لا وكس ولا شطط
فقام رجل يقال له معقل بن سنان وقال اني اشهد ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق الاشجعية مثل قضائك
هذا ثم قام اناس من اشجع وقالوا انا نشهد بمثل شهادته ففرح
عبد الله فرحا لم يفرح مثله في الاسلام لموافقة قضائه قضاء رسو
ل الله صلى الله عليه وسلم ولان ملك النكاح لم يشرع لعينه بل لمقاصد
لا حصول لها الا بالدوام على النكاح والقرار عليه ولا يدوم الا
بوجوب المهر بنفس العقد لما يجري بين الزوجين من الاسباب التي
تحمل الزوج على الطلاق من الوحشة والخشونة فلو لم يجب المهر
بنفس العقد لا يبالي الزوج عن ازالة هذا الملك بادنى خشونة
تحدث بينهما لانه لا يشق عليه ازالته لما لم يخف لزوم المهر فلا
يحصل الا بالموافقة لانه اذا كانت المراة مكرمة عزيزة عند الزوج
ولا عزة الا بانسداد طريق الوصول اليها الا بمال له خطر عنده
لان ما ضاق طريق اصابته يعز في الاعين فيعز امساكه وما
يتيسر طريق اصابته يهون في الاعين فيهون امساكه ومتى هان
في عين الزوج يلحقها الوحشة فلا تقع الموافقة فلا تحصل مقاصد
النكاح ولان الملك ثابت في جانبها اما في نفسها واما في المتعة
واحكام الملك في الحرة تشعر بالذل والهوان فلا بد وان يقابله
مال له خطر لينجبر الذل من حيث المعنى والدليل على صحة ما قلنا
وفساد ما قال انها اذا طالبت الفرض من الزوج يجب عليه الفرض
حتى لو امتنع فالقاضي يجبره على ذلك ولو لم يفعل ناب القاضي
منابه في الفرض وهذا دليل الوجوب قبل الفرض لان
الفرض تقدير ومن المحال وجوب تقدير ما ليس بواجب وكذا
لها ان تحبس نفسها حتى يفرض لها المهر ويسلم اليها بعد الفرض
وذلك كله دليل الوجوب بنفس العقد واما الآية فالنحلة
كما يذكر بمعنى العطية يذكر بمعنى الدين يقال ما نحلتك اي ما

دينك

دينك فكان قوله وآتوا النساء صدقاتهن نحلة اي دينا اي انحلوا ذلك وعلى
هذا كانت الاية حجة عليه لانها تقتضي ان يكون وجوب المهر في النكاح دينا
فيقع الاحتمال في المراد بالاية فلا يكون حجة مع الاحتمال واما قوله النكاح
ينبئ عن الازدواج فقط فنعم لكنه شرع لمصالح لا تكون الا بالمهر واما المولى اذا
زوج امته من عبده فقد قيل ان المهر يجب ثم يسقط وفائدة الوجوب هو
جواز النكاح واما الذمي اذا تزوج ذمية من غير مهر فعلى قولهما يجب المهر
واما على قول ابي حنيفة فيجب ايضا الا ان يفرض لها لانهم يدينون ذلك
وقد امرنا بتركهم وما يدينون حتى لو ترافعا الى القاضي يفرض القاضي
لها المهر وكذا اذا مات الزوج كان يقضي بمهر المثل لورثة المراة عندهما
وعند ابي حنيفة انما لا يقضي لوجود الاستيفاء دلالة لان موتهما معا في
زمان واحد نادر وانما الغالب موتهما على التعاقب فاذا لم تجز المطالبة
بالمهر دل ذلك على الاستيفاء او على استيفاء البعض والابراء عن البعض مع
ما انه قد قيل ان قول ابي حنيفة رحمه الله محمول على ما اذا تقادم العهد
حتى لم يبق من نسائها من يعتبر به مهر مثلها كذا ذكره ابو الحسن الكرخي
وابو بكر الرازي فعند ذلك يتعذر القضاء بمهر المثل والى هذا اشار محمد
لابي حنيفة رحمه الله ارايت لو ان ورثة علي ادعوا على ورثة عمر مهر ام
كلثوم اكنت اقضي به وهذا المعنى لم يوجد في موت احدهما فيجب مهر المثل

فصل واما بيان ادنى المقدار الذي يصلح مهرا فادناه عشرة
دراهم او ما قيمته عشرة وهذا عندنا وعند الشافعي المهر غير مقدر
يستوي فيه القليل والكثير ويصلح الدانق والحبة مهرا **واحتج**
بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من اعطى في نكاح ملء
كفيه طعاما او دقيقا او سويقا فقد استحل وروي عن انس رضي الله عنه انه قال
تزوج عبد الرحمن بن عوف امراة على وزن نواة من ذهب وكان ذلك بحضرة
الصحابة فدل ان التقدير في المهر ليس بلازم ولان المهر ثبت حقا للعبد
وهو المراة بدليل انها تملك التصرف فيه استيفاء واسقاطا فكان التقدير
فيه الى العاقدين **ولنا** قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم
شرط ان يكون المهر مالا والحبة والدانق ونحوهما لا يعد مالا فلا يصلح
مهرا وروي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه قال لا مهر دون عشرة دراهم وعن عمر وعلي وعبد الله بن عمر
رضي الله عنهم انهم قالوا لا يكون المهر اقل من عشرة دراهم والظاهر انهم
قالوا ذلك توقيفا لانه باب لا يوصل اليه بالاجتهاد والقياس ولانه لما
وقع فيه الاختلاف في المقدار يجب الاخذ بالمتيقن وهو العشرة
واما الحديث ففيه اثبات الاستحلال اذا ذكر فيه مال قليل لا يبلغ قيمته

عشره وعندنا الاستدلال صحيح ثابت لان النكاح صحيح الا ترى انه يصح من غير
تسميه شي اصلاً فعند تسميته ما له قليل اصلح الا ان المسمي اذا كان دون العشره تكمل
عشره وليس في الحديث نفي الزيادة على القدر المذكور وعندنا قام دليل
الزيادة الى العشره لما نذكر فتكمل عشره ولا حجه له فيما روى عن الاثر لان
فيه وزن نواه من ذهب وقد يكون مثل وزن دينار بل تكون اكثر في العاده
فان قيل روي ان قيمة النواه كانت ثلاثة دراهم **فالجواب** ان القوم
غير معلوم انه من كان فلا يحتمل قول ذلك حجه على الغير حتى يعلم انه من
هو مع ما انه قد قال قوم ان النواه كان وزنها قيمة عشره دراهم وبه
قال النخعي على ان القدر المذكور في الخبر والاثر يحتمل ان يكون معجلاً
في المهر لا اصل المهر على ما جرت العاده بتعجيل شي من المهر قبل الدخول
ويحتمل ان يكون ذلك كله في حال جواز النكاح بغير مهر على ما قيل ان النكاح
كان جايزا بغير مهر الا ان نهى النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار واما
قوله ان المهر حق العبد فكان التقدير فيه الى العبد فكان التقدير
فيه الى العبد فنقول نعم هو في حالة البقا حقها على الخلوص واما في حالة
الثبوت وحق الشرع متعلق به ابانة لخطر البضع صيانة له عن
شبهة الابتذال بايجاب مال له خطر في الشرع كما في نصاب السرقه
فان كان المسمى اقل من عشره تكمل عشره عند اصحابنا الثلاثه وقال زفر
لها مهر المثل **وجه قوله** ان ما دون العشره لا يصلح مهرا فسدت
في التسميه كما لو سمى خمرا او خنزيرا فيجب مهر المثل **ولنا** انه لما كان
ادنى القدر الذي يصلح مهرا في الشرع هو العشره كان تعيين العشره
ذكرا للكل لان العشره في كونها مهرا لا يتجزى وذكر البعض
فيما لا يتبعض ذكر الكله كما في الطلاق والعفو عن القصاص واما قوله
ان ما دون العشره لا يصلح مهرا فيفسد التسميه **فنقول** التسميه انما
تفسد اذا لم يكن المسمى مالا او كان مجهولا وههنا المسمي مال وان قل
فهو معلوم الا انه لا يصلح مهرا بنفسه لا بغيره فكان ذكره ذكرا لما هو
الادنى لما هو المصلح بنفسه وفيه تصحيح تصرفه بالقدر الممكن وكان
اولى من الحاقه بالعدم وفيه اخذ باليقين ايضا فكان احق بخلاف
ما اذا ذكر خمرا او خنزيرا لان المسمى ليس بمال فلم يصلح مهرا لا بنفسه
ولا بغيره فسدت التسميه توجب الموجب الاصلي وهو مهر المثل
ولو تزوجها على ثوب معين او موصوف او على مكيل او موزون معين
فذلك مهر مثلها اذا بلغت قيمتها عشره ويعتبر قيمته يوم العقد
لا يوم التسليم حتى لو كانت قيمته يوم العقد ثمانيه فلم يسلمها اليه
حتى صارت قيمته ثمانيه فليس لها الا ذلك ولو كانت قيمته يوم العقد

ثمانيه

ثمانيه فلم يسلمه اليها حتى صارت قيمته عشره فلها ذلك ودرهمان وذكر الحسن
عن ابي حنيفه انه فرق بين الثوب والمكيل والموزون فقال في الثوب يعتبر
قيمته يوم التسليم وفي المكيل والموزون يوم العقد وهذا الفرق
لا يعقل له في المعين لان الزوج يجبر على تسليم المعين لان الزوج يجبره
على تسليم المعين فيهما جميعا **ووجه الفرق** بينهما في الموصوف ان المكيل
والموزون اذا كان موصوفا في الذمه فالزوج مجبور على دفعه ولا يجوز
دفع غيره من غير رضاها فكان مستقرا مهرا بنفسه في ذمته فيعتبر
قيمته يوم الاستقرار وهو يوم العقد فاما الثوب وان وصف فلم
يتقرر مهرا في الذمه بنفسه بل الزوج مخير في تسليمه وتسليم قيمته
في احدى الروايتين على ما نذكر وانما يتقرر مهرا بالتسليم فيعتبر قيمته
يوم التسليم **ووجه ظاهر الروايه** ان ما جعل مهرا لم يتغير في نفسه
وانما التغير في رغبات الناس بحدوث فتور فيها ولهذا لو غصب شيا
قيمته عشره فتغير سعره وصار يساوي خمسه فرده على المالك لا يضمن شيا
ولانه لما سمى ما هو ادنى مالية من العشره كان ذلك التسميه للعشره
لان ذكر البعض فيما لا يتجزى ذكر لكله فصار كانه سمى ذلك ودرهمين ثم
ازدادت قيمته والله اعلم

فصل

واما بيان ما يصح تسميته
مهرا وما لا يصح وبيان حكم صحة التسميه وفسادها **ونقول** لصحة التسميه
شرايط **منها** ان يكون المسمى مالا متقوما وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله
هذا ليس بشرط ويصح التسميه سوا كان المسمى مالا او لم يكن بعد ان يكون
مما يجوز اخذ العوض عنه **واحتج** بما روي ان امراة جاءت الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم وقالت يا رسول الله اني وهبت نفسي لك فقال صلى
الله عليه وسلم ما بي في النسا من حاجه فقام رجل وقال زوجنيها يا رسول
الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما عندك فقال ما عندي
شي فقال اعطها ولو خاتما من حديد فقال ما عندي فقال هل معك شي
من القران قال نعم سورة كذا فقال زوجتكها بما معك من القران
ومعلوم ان المسمى وهو السوره من القران لا توصف بالماليه فدل ان كون
التسميه مالا ليست بشرط لصحة التسميه **ولنا** قوله تعالى
واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم شرط ان يكون المهر مالا
فما لا يكون مالا لا يكون مهرا فلا يصح تسميته مهرا وقوله تعالى فنصف
ما فرضتم امر بتنصيف المفروض في الطلاق قبل الدخول فيقتضي كون
المفروض محتملا للتنصيف وهو المال واما الحديث فهو في حد الاحاد ولا
يترك نص الكتاب بخبر الواحد مع ما ان ظاهره متروك لان السوره من
القران لا يكون مهرا بالاجماع وليس فيه ذكر تعلم القران ولا ما يدل عليه

ثم تاويله زوجتكها بسبب ما معك من القران وبحرمته وبركته لانه كان ذلك
بالنكاح بغير تسمية مال وعلى هذا الاصل مسايل **اذا** تزوج على تعليم القران
او تعليم الحلال والحرام من الاحكام او على الحج والعمرة ونحوها من الطاعات
لا تصح التسمية عندنا لان المسمى ليس بمال فلا يصير شي من ذلك مهرا **ثم**
الاصل في التسمية انها اذا صحت وتقررت يجب المسمى ثم ينظر ان كان المسمى عشرة
فصاعدا ليس لها الا ذلك وان كان دون العشرة تكمل عشرة عند اصحابنا
الثلاثة خلافا لزفر رحمه الله والمسئلة قد مرت واذا فسدت التسمية او
تزلزلت يجب مهر المثل لان العوض الاصلي في هذا الباب هو مهر المثل لانه
قيمة البضع وانما يعدل الى المسمى اذا صحت التسمية وكانت التسمية تقديرا
لتلك القيمة فاذا لم تصح التسمية او تزلزلت لم يصح التقدير فوجب المصير الى
العوض الاصلي ولهذا كان المبيع بيعا فاسدا مضمونا بالقيمة في ذوات
القيم لا بالثمن كذا هذا والنكاح جايز لان جوازه لا يقف على التسمية
اصلا فانه جايز عند عدم التسمية راسا فعدم التسمية اذا لم تمنع جواز النكاح
ففسادها اولى ان لا يمنع ولان التسمية اذا فسدت التحقت بالعدم فصار
كانه تزوجها ولم يسم شيا وهناك النكاح صحيح كذا ههنا ولان تسمية ما ليس
بمال شرط فاسد والنكاح لا يبطله الشروط الفاسدة بخلاف البيع
والفرق ان الفساد في باب البيع لمكان الربا والربا لا يتحقق في
النكاح فيبطل الشرط ويبقى النكاح صحيحا وعنده يصح التسمية ويصير
المذكور مهرا لانه يجوز اخذ العوض عنه بالاستيجار عليه عنده فيصح تسميته
مهرا وكذلك اذا تزوج امراة على طلاق امراة اخرى او على العفو عن
القصاص عندنا لان الطلاق ليس بمال وكذا القصاص وعنده يصح
التسمية لانه يجوز اخذ العوض عن الطلاق والقصاص وكذلك اذا
تزوجها على ان لا يخرجها من بلدها او على ان لا يتزوج عليها فان
المذكور ليس بمال ولو تزوج المسلم المسلمة على ميتة او دم او خمر او
خنزير لم يصح التسمية لان الميتة ليس بمال في حق احد والخنزير ليس بمال
متقوم في حق المسلم فلم يصح تسمية شي من ذلك مهرا **و** على هذا يخرج نكاح الشغار
وهو ان يزوج الرجل اخته لاخر على ان يزوجه اخته او يزوجه ابنته على ان
يزوجه ابنته او يزوجه امته على ان يزوجه امته وهذه التسمية فاسدة
لان كل واحد منهما جعل بضع كل واحدة منهما مهر الاخرى والبضع ليس بمال
ففسدت التسمية ولكل واحدة من المراتين مهر مثلها لما قلنا والنكاح
صحيح عندنا وعند الشافعي فاسد **واحتج** بما روي عن النبي صلى الله عليه
وسلم انه نهى عن نكاح الشغار والنهي يوجب فساد المنهي عنه ولان كل واحد
منهما جعل بضع كل واحدة من المراتين نكاحا وصداقا وهذا لا يصح **ولنا**

ان هذا النكاح هو بدا دخل فيه شرطا فاسدا حيث شرط فيه ان يكون بضع
كل واحدة منهما مهر الاخرى والبضع لا يصلح مهرا والنكاح لا يبطله الشروط
الفاسدة كما اذا تزوجها على ان يطلقها او على ان ينقلها من منزلها ونحو ذلك
وبه تبين انه لم يجتمع النكاح والصداق في بضع واحد لان جعل البضع صداقا
لم يصح فاما النهي عن نكاح الشغار فنكاح الشغار هو الخالي المطلق
الخالي عن العوض ماخوذ من قولهم شغر البلد اذا خلا عن السلطان وشغر
الكلب اذا رفع احدى رجليه وعندنا هو نكاح بعوض وهو مهر المثل
فلا يكون شغارا على ان محمل النهي ليس عين النكاح لانه تصرف
مشروع مشتمل على مصالح الدين والدنيا فلا يحتمل النهي بل عن اخلاء
النكاح عن تسمية المهر والدليل عليه ما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله
عنهما انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تنكح المراة بالمراة
ليس لواحدة منهما مهر وهو اشارة الى ان المنهي لمكان تسمية المهر لا لعين
النكاح فبقي النكاح صحيحا ولو تزوج حر امراة على ان يخدمها سنة
فالتسمية فاسدة ولها مهر مثلها في قول ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف
وعند محمد رحمه الله التسمية صحيحة ولها قيمة خدمته سنة وعند الشافعي
رحمه الله التسمية صحيحة ولها خدمته سنة ولفظ رواية الاصل يدل على
انها لا تصح في رعي الغنم كما لا تصح في الخدمة لانه رعى غنمها خدمتها من مشايخنا
من جعل في رعي غنمها روايتين ومنهم من قال يصح في رعي الغنم بالاجماع
وانما الخلاف في خدمته لها ولا خلاف في ان العبد اذا تزوج باذن
مولاه امراة على ان يخدمها سنة انه يصح التسمية ولها المسمى واما الشافعي
فقد مر على اصله ان كل ما يجوز اخذ العوض عنه تصح التسمية مهرا ومنافع
الحر يجوز اخذ العوض عنها لان اجارة الحر جايزة بلا خلاف فيصح
تسميتها كما يصح تسمية منافع العبد **واما** الكلام مع اصحابنا فوجه
قول محمد رحمه الله ان منافع الحر مال لانها مال في ساير العقود حتى يجوز اخذ
العوض عنها فكذا في النكاح وكذا اذا كانت مالا صحت التسمية
الا انه تعذر التسليم لما في التسليم من استخدام الحرة زوجها وانه
حرام لما نذكر فيجب الرجوع الى قيمة الخدمة كما لو تزوجها على عبد
فاستحق العبد انه يجب عليه قيمة العبد لان تسمية العبد قد صحت
لكونه مالا لكن تعذر تسليمه بالاستحقاق فوجبت عليه قيمته لا مهر المثل
لما قلنا كذا هذا **وجه قولهما** ان المنافع ليست باموال متقومة على
اصل اصحابنا ولهذا لم تكن مضمونة بالغصب والاتلاف وانما يثبت لها
حكم التقوم في ساير العقود شرعا ضرورة دفع الحاجة بها ولا يمكن دفع
الحاجة بها ههنا لان الحاجة لا تندفع الا بالتسليم وانه ممنوع عنه شرعا

وذكر في نوادره انه اذا
تزوجها على ان يرعى غنمها سنة
ان التسمية صحيحة وقال محمد
سنة

لان استخدام الحرة زوجها الحر حرام لكونه استهانة واذلالا وهذا لا يجوز ولهذا
لا يجوز للابن ان يستاجر اباه للخدمة فلا تسلم خدمته لها شرعا فلا يمكن دفع
الحاجة بها فلم يثبت لها التقوم فبقيت على الاصل فصار كما لو سمى ما لا قيمة
له كالخمر والخنزير فهناك لا تصح التسمية ويجب مهر المثل كذا ههنا لو كان
المسمى فعلا لا استهانة فيه ولا مذلة له على الرجل كرعي دوابها وزرع
اراضيها والاعمال التي خارج البيت تصح التسمية لان ذلك من باب القيام
بامرها لا من باب الخدمة بخلاف العبد لان استخدام زوجته اياه ليس بحرام
لانه عرضة للاستخدام والابتذال لكونه مملوكا ملحقا بالبهائم ولان مبنى
النكاح على الاشتراك في القيام بمصالح المعاش فكان لها في خدمته حق
فاذا جعل خدمته لها مهرا فكانه جعل ما هو لها مهرا فلم يجز كالاب اذا
استاجر ابنه لخدمته انه لا يجوز لان خدمة الاب مستحقة عليه كذا ههنا
بخلاف العبد لان خدمته خالص ملك المولى فصحت التسمية ولو تزوجها على
منافع ساير الاعيان من سكنى داره وخدمة عبده وركوب دابته والحمل
عليها وزراعة ارضه ونحو ذلك من منافع الاعيان مدة معلومة صحت
التسمية لان هذه المنافع اموال او التحقت بالاموال شرعا في ساير العقود
لمكان الحاجة والحاجة في النكاح متحققة وامكان الدفع بالتسليم ثابت
بتسليم محالها اذ ليس فيه استخدام المراة زوجها فجعلت اموالا
والتحقت بالاموال والتحقت بالاعيان فصحت تسميتها **و**على هذا تخرج ما اذا
قال تزوجتك على هذا العبد فاذا هو حر وجملة الكلام فيه ان الامر لا يخلو
اما ان سمى ما لا يصلح مهرا واشار الى ما لا يصلح واما ان سمى ما لا يصلح
مهرا واشار الى ما يصلح مهرا فان سمى ما يصلح مهرا واشار الى ما لا يصلح
بان قال تزوجتك على هذا العبد فاذا هو حر او على هذه الشاة الذكية
فاذا هي ميتة او على هذا الدن الخل فاذا هو خمر فالتسمية فاسدة في
جميع ذلك ولها المهر في قول ابي حنيفة رحمه الله وفي قول ابي يوسف رحمه
الله تصح التسمية في الكل وعليه في الحر قيمته الحر لو كان عبدا وفي الشاة قيمة
الشاة ذكية وفي الخمر مثل ذلك على الدن من خل وسط ومحمد رحمه الله
فرق فقال مثل قول ابي حنيفة رحمه الله في الحر والميتة ومثل قول ابي يوسف
في الخمر **وجه قول** ابي يوسف رحمه الله ان المسمى هو العبد والشاة الذكية
والخل ونحو ذلك وكل ذلك مال فصحت التسمية الا انه ظهر ان المشار اليه
خلاف جنس المسمى في صلاحية المهر بتقدير التسليم فتجب القيمة في الحر والشاة
الذكية لانهما ليسا من المثليات وفي الخمر يجب مثله خلا لانه مثلي كما لو هلك
المسمى او استحق **وجه قول محمد** رحمه الله في الفرق ان الاشارة مع التسمية اذا
اجتمعا في العقود فان كان المشار اليه من جنس المسمى تعلق العقد بالمسمى

هذا

هذا اصل مجمع عليه في البيع على ما ذكرنا في البيوع والحر من جنس العبد
لانهما جنس المنفعة وكذا الشاة الميتة من جنس الشاة الحية الذكية فكان
العبرة للاشارة وقد التحقت التسمية بالعدم والمشار اليه لا يصلح مهرا فصار
كانه اقتصر على الاشارة ولم يسم بان قال تزوجتك على هذا وسكت
فاما الخمر مع الخل فجنسان مختلفان لاختلاف جنس المنفعة فيتعلق
العقد بالمسمى لكن لتعذر تسليمه وهو مثلي فيجب مثله خلا ولابي حنيفة
رحمه الله ان الاشارة والتسمية كل واحد منهما وضعت للتعريف
الا ان الاشارة ابلغ في التعريف لانها تحضر العين وتقطع الشركة
واما التسمية لا توجب احضار العين ولا تقطع الشركة فسقط اعتبار
التسمية عند الاشارة وبقيت الاشارة والمشار اليه لا يصلح
مهرا لانه ليس بمال فيجب مهر المثل كما لو اشار الى الميتة والدم والخمر
والخنزير ولم يسم وحقيقة الفقه لابي حنيفة رحمه الله ان هذا
حر سمي عبدا وتسمية الحر عبدا باطل لانه كذب فالتحقت التسمية
بالعدم وبقيت الاشارة والمشار اليه لا يصلح مهرا لانه ليس بمال
فالتحقت الاشارة بالعدم وبقيت الاشارة والمشار اليه لا يصلح مهرا
لانه ليس بمال فالتحقت الاشارة بالعدم ايضا فصار كانه تزوجها
ولم يسم لها مهرا وهذا فقه واضح بحمد الله تعالى **هذا** اذا سمى ما
يصلح مهرا واشار الى ما يصلح مهرا فاما اذا سمى ما يصلح مهرا واشار
الى ما لا يصلح مهرا فاما اذا سمى ما لا يصلح مهرا واشار الى ما يصلح مهرا
بان قال تزوجتك على هذا الحر فاذا هو عبد وعلى هذه الميتة فاذا
هي ذكية او على هذا الدن الخمر فاذا هو خل فقد روى ابو يوسف عن
ابي حنيفة رحمهما الله ان التسمية فاسدة ولها المشار اليه وروى محمد عنه
ان لها مهر المثل ورواية ابي يوسف اصح الروايتين لان الاصل عند
ابي حنيفة رحمه الله ان التسمية لا حكم لها مع الاشارة في باب النكاح
فكانت العبرة للاشارة والمشار اليه يصلح مهرا لانه مال وكان
لها المشار اليه **ووجه ما روى** محمد عنه انه لما سمى ما لا يصلح مهرا
واشار الى ما يصلح مهرا فقد هزل بالتسمية والهازل لا يتعلق بتسميته
حكم فبطل كلامه راسا ولو تزوجها على هذا الدن الخمر وقيمة الظرف
عشرة دراهم فصاعدا روى بن سماعة عن محمد رحمه الله في هذه المسئلة
روايتين روي عنه ان لها الدن لا غير وروي عنه ايضا ان لها مهر
المثل **وجه الرواية** الاولى انه سمى ما يصلح مهرا وهو الظرف وما
لا يصلح مهرا وهو الخمر فيلغوا ما لا يصلح مهرا كما لو تزوجها على الخمر والخل
وقيمة الخل عشرة انه يكون لها الخل لا غير كذا هذا **و**جه الرواية الا

ان الظرف لا يقصد بالعقد عادة بل هو تابع وانما المقصود هو المظروف ٥
فاذا بطلت التسمية في المقصود بطل فيما هو تبع له والله اعلم ولو تزوجها
على هذين العبدين فاذا احدهما حر فليس لها الا العبد الباقي اذا كانت قيمته عشرة
دراهم في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف لها العبد وقيمة الحر لو كان عبدا
وقال محمد ينظر الى العبد ان بلغت قيمته مهر مثلها فليس لها الا العبد وان
كانت قيمته اقل من مهر مثلها يبلغ الى تمام مهر مثلها وهو قول زفر رحمه الله
وهذا انبنا على الاصول التي ذكرناها فمن اصل ابي يوسف ان جعل الحر مهرا
صحيح اذا سمى عبدا و يتعلق بقيمته ان لو كان عبدا فيتعلق العقد بالمسميين
جميعا بقدر ما يحتمله كل واحد منهما التعليق به فيتعلق بالعبد بعينه ٥
لانه ممكن ويتعلق بالحر بقيمته لو كان عبدا لانه لا يحتمل التعليق بعينه ومن
اصل محمد ان المشار اليه اذا كان من جنس المسمى فالعقد يتعلق ٥
بالمشار اليه والحر من جنس العبد لاتحاد جنس المنفعة فيتعلق العقد بهما
الا انه لا سبيل الى الجمع بين المسمى وبين مهر المثل فيجب مهر المثل الا ترى
انه لو كانا حرين يجب مهر المثل عنده ومتى وجب مهر المثل امتنع وجوب
المسمى ولابي حنيفة رحمه الله اصلان احدهما ما ذكرنا ان الحر اذا جعل
مهرا وسمي عبدا لا يتعلق بتسميته شي وجعل ذكره والعدم بمنزلة واحدة
والثاني ان العقد اذا اضيف الى ما يصلح والى ما لا يصلح يلغو
ما لا يصلح وينعقد ما يصلح كمن جمع بين امراة تحل له وامراة لا تحل
له وتزوجهما في عقدة واحدة بمسمى يجب كل المسمى بمقابلة الحلال ٥
وانعقاد نكاحها صحيحا للعقد والتسمية بقدر الامكان وتقيد براه ٥
للعقد فيما امكن تنفيذه والغاؤه فيما لا يمكن تصحيحه فيه والعبد
من الصالح لكونه مهرا فصحت تسميته ويصير مهرا لها اذا بلغت عشرة
فصاعدا وعلى هذا الخلاف اذا تزوجها على بيت وخادم والخادم
حر ولو تزوجها على هذين الدنين من الخل فاذا احدهما خمر لها الباقي
لا غير في قول ابي حنيفة اذا كان يساوي عشرة دراهم كما في العبد
وعندهما لها الباقي ومثل هذا الدن من الخل وقد ذكرنا الاصل
ولو سمى مالا وضم اليه ما ليس بمال لكن هو فيه منفعة مثل طلاق ٥
امراة اخرى او امساكها في بلدها او العفو عن القصاص فان وفى
بالمنفعة فليس لها الا ما سمى اذا كان عشرة فصاعدا لانه سمى ما يصلح
بنفسه وشرط لها منفعة وقد وفى بما شرط لها فصحت التسمية وصار
العشرة مهرا وان لم يف بالمنفعة فلها مهر مثلها ثم ينظر ان كان ما
سمى لها من المال مثل مهر مثلها او اكثر فليس لها الا ذلك وان كان ما سمى
لها اقل من مهر مثلها تمم لها المهر مهر مثلها عندنا وقال زفر ان كان ٥

المضمون مالا كما اذا شرط ان يهدي لها هدية فلم يف لها تم لها مهر المثل ٥
وان كان غير مال كطلاق امراة اخرى وان لا يخرجها من بلدها فليس لها الا
ما سمى **وجه قول زفر** ان ما ليس بمال لا يتقوم فلا يكون فواته مضمونا
بعوض وما هو مال يتقوم فاذا لم يسلم لها جاز لها الرجوع الى تمام
العوض **ولنا** ان الموجب الاصلي في هذا الباب هو مهر المثل فلا يعدل
عنه الا عند استحكام التسمية فاذا وفى بالمنفعة فقد تقررت التسمية
فوجب المسمى واذا لم يف بها لم يتقرر لانها ما رضيت بالمسمى من المال
عوضا لنفسها بل بمنفعة اخرى مضمومة اليه وهي منفعة مرغوب فيها
حلال الاستيفا شرعا فاذا لم يسلم لها لم يتقرر التسمية فبقي حقها
في العوض الاصلي وهو مهر المثل فان كان ما سمى لها من المال مثل مهر
مثلها او اكثر فليس لها الا ذلك لانه وصل اليها قدر حقها وان كان اقل
من مهر مثلها تكمل لها مهر مثلها ايضا لايصال الحق الى المستحق ٥
فرق بين هذا وبينما اذا تزوجها على مهر صحيح وارطال من
خمر ان المهر ما سمي لها اذا كان عشرة فصاعدا ويبطل الحرام وليس لها
تمام مهر مثلها لان تسمية الخمر لم تصح في حق المسلم اذ لا منفعة للمسلم فيها
لحرمة الانتفاع بها في حق المسلم فلا يجوز ان يجب بفواتها عوض فالتحقت
تسميتها بالعدم وصار كانه لم يسم الا المهر الصحيح فلا يجب لها الا المهر
الصحيح بخلاف المسئلة الاولى **وعلى هذا** يخرج اذا اعتق امته على ان
تزوج نفسها منه فقبلت عتقت لانه اعتقها بعوض وملكه بقبول
العوض كما لو باعها وكما اذا قال لها انت حرة على الف درهم بخلاف ما اذا
قال لعبده اذا اديت لي الفا فانت حر انه لا يعتق بالقبول ما لم يؤد لان ٥
ذلك ليس بمعاوضة بل هو تعليق وهو تعليق الحرية بشرط الاداء
فما لم يوجد الاداء لا يوجد الشرط ثم اذا اعتقت فبعد ذلك ٥
لا يخلو اما ان زوجت نفسها منه واما ان ابت التزوج فان زوجت
نفسها منه ينظر ان كان قد سمى لها مهرا اخر وهو مال سوى الاعتاق
فلها مهر مثلها في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله
عتقها اعتاقها ليس ذلك **وجه قوله** ان العتق بمعنى المال بدليل
انه يجوز اخذ العوض عنه بالاعتاق على مال فجاز ان يكون مهرا
ولهما ان العتق ليس بمال حقيقة لان الاعتاق ابطال المالية فكيف
يكون العتق مالا الا انه يجوز اخذ عوض هو مال عنه وهذا لا يدل
على كونه مالا بنفسه الا ترى ان الطلاق ليس بمال ويجوز اخذ
العوض عنه وكذا القصاص واخذ البدل عنه جائز ونفس الحر
ليست بمال وان ابت ان تزوج نفسها منه لا تجبر على ذلك لانها حرة

لانها حرة فلا تجبر على النكاح لكنها تسعى في قيمتها للمولى عند اصحابنا الثلاثة
وقال زفر رحمه الله لا سعاية عليها **وجه قوله** انه ان السعاية انما تجب
لتخليص الرقبة وهذه حرة خالصة فلا يلزمها السعاية **ولنا** ان المولى ان
المولى ما رضي بزوال ملكه عن رقبتها الا بنفع يقابله وهو تزوج نفسها
منه وهو منفعة مرغوب فيها وقد تعذر عليها استيفاء هذه المنفعة بمعنى
بمعنى من جهتها وهو اباؤها فيقدر بدل رقبتها مقامها دفعا للضرر عنه
واما قوله السعاية قد تكون لتخليص الرقبة وهذا المستسعى يكون في حكم
المكاتب على اصل ابي حنيفة رحمه الله وقد يكون لحق في الرقبة لا لانفكاك
الرقبة كالعبد المرهون اذا اعتقه الراهن وهو معسر كما اذا قال لعبده
انت حر على قيمة رقبتك فقبل حتى عتق كذا ههنا ولو تزوج امراة على
عتق ابيها او ذي رحم محرم منها او على عتق عبد اجنبي عنها فهذا لا يخلو
اما ان ذكر فيه كلمة عنها بان قال اتزوجك على عتق ابيك عنك او عتق
هذا العبد عنك واشار الى عبد اجنبي عنها واما ان لم يذكر فان لم يذكر
وقبلت عتق العبد والولاء للزوج لا لها لانه المعتق هو الزوج والولاء
لمن اعتق على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولها مهر مثلها ان لم يكن
سمى لها مهرا اخر هو مال وان كان قد سمى فلها المسمى لانه قد علق العتق
بقبولها النكاح فاذا قبلت عتق العبد لا يصلح مهرا لانه ليس بمال فان
كان هناك مال فيجب مهر المثل هذا اذا لم يذكر عنها فاما اذا ذكر
فقبلت عتق العبد عنها وثبت الولاء منها وصار ذلك مهرا لها لانه
لما ذكر العتق عنها ولا يكون العتق عنها الا بعد سبق الملك لها فملكته
اولا ثم عتق عنها كمن قال لاخر اعتق عبدك عني عن كفارة يميني على
الف درهم يجوز ويقع العتق عن الامر وحال ما ملكته كان مالا يصلح
ان يكون مهرا هذا اذا تزوجها على العتق فاما اذا تزوجها على الاعتاق
بان تزوجها على ان يعتق هذا العبد فقبلت صح النكاح ولا يعتق
العبد ههنا بقبولها لانه وعد ان يعتق والعتق لا يثبت بوعد
الاعتاق وانما يثبت بالاعتاق فما لم يعتق لا يعتق بخلاف الفصل
الاول لان التزوج هناك كان على العتق لا على الاعتاق ثم اذا
اعتقه ثم اذا اعتقه فعتق فلا يخلو اما ان ذكر كلمة عنها او لم يذكر
فان كان لم يذكر ثبت الولاء منه لا منها لان الاعتاق منه لا منها والولاء
للمعتق ولها مهر مثلها ان لم يكن هناك مهر اخر مسمى وهو مال وان
كان فلها ذلك المسمى لان الاعتاق بل هو ابطال المالكية سواء كان
العبد اجنبيا او ذا رحم محرم منها وان كان ذكر كلمة عنها ثبت الولاء منها
لان الاعتاق منها لانه اعتق عنها ويصير العبد ملكا لها بمقتضى

الاعتاق ثم ان كان ذا رحم محرم منها عتق عليها كما ملكته فيملكه
فيعتق عليه وان كان اجنبيا يصير الزوج وكيلا عنها في الاعتاق
ههنا اذا اعتق كما وعد فان ابى لا يجبر على ذلك لانه حرما لك
الا انه ينظر ان لم يكن ثمه مسمى هو مال فلها مهر مثلها لما ذكرنا ان
تسمية الاعتاق مهرا لم يصح ولم يوجد تسمية شي اخر هو مال فان كان المسمى
مثل مهر المثل او اكثر فلها ذلك المسمى لان الزوج رضي بالزيادة
وان كان اقل من مهر مثلها وكان العبد اجنبيا فلها ذلك المسمى لا غير
لانه شرط لها شرطا لا منفعة فيه فلا يكون عارا لها بترك الوفا بما شرط
لها وان كان ذا رحم محرم منها فيبلغ به تمام مهر مثلها لانها انما رضيت
بدون مهر مثلها لمنفعة شرطها وهو عتق ذي رحم محرم منها فاذا لم
يف لها بما شرط لها لم تكن راضية فصار عارا لها **ومنها** ان لا يكون
مجهولا جهالة تزيد على جهالة مهر المثل وجملة الكلام فيه ان المهر في
الاصل لا يخلوا اما ان يكون معينا مشارا اليه واما ان يكون مسمى غير
معين مشار اليه فان كان معينا مشارا اليه صحت تسميته سواء كان
مما يتعين بالتعيين في عقود المعاوضات من العروض والعقار
والحيوان وسائر المكيلات والموزونات سوى الدراهم والدنانير
لانه مال معلوم لا جهالة فيه الا انه ان كان مما يتعين بالتعيين ليس للزوج
ان يحبس العين ويدفع غيرها من غير رضى المراة لان المشار اليه قد تعين
العقد فتعلق حقها بالعين فوجب عليه تسليم عينه وان كان مما لا يتعين
له ان يحبسه ويدفع جنسه مثله جنسا ونوعا وقدرا وصفة لان التعيين
اذا لم يصح صار كانه اعرض عن الجنس والنوع والقدر والصفة وان كان
مجهول الجنس كالحيوان والدابة والثوب والدار بان تزوج امراة
على حيوان او دابة او ثوب او دار ولم يعين لم تصح التسمية وللمراة
مهر مثلها بالغا ما بلغ لان جهالة الجنس متفاحشة لان الحيوان اسم جنس
تحته انواع مختلفة وتحت كل نوع اشخاص مختلفة وكذا الدار لانها
تختلف في الصغر والكبر والهيئة والتقطيع وتختلف قيمتها باختلاف
البلاد والمحال والتشكل اختلافا فاحشا فتفاحشت الجهالة فالتحقت
بجهالة الجنس والاصل ان جهالة العوض تمنع صحة تسميته كما في البيع
لكونها مفضية الى المنازعة الا انه يحمل ضرب من الجهالة فكل جهالة
في المسمى مهرا في المهر بالاجماع فان مهر المثل قد يجب في النكاح الصحيح ومعلوم
ان مهر المثل مجهول ضربا من الجهالة فكل جهالة في المسمى مهرا مثل جهالة المثل
او اقل من ذلك يتحمل ولا يمنع صحة التسمية استدلالا بمهر المثل وكل جهالة
تزيد على جهالة مهر المثل يبقى الامر فيها على الاصل فيمنع صحة التسمية كما في سائر

الاعواض **اذا** ثبت هذا فنقول لاشك ان جهالة الحيوان والدابة والثوب
والدار اكثر من جهالة مهر المثل لان بعد اعتبار تساوي المراتب في المال
والجمال والسن بالعقل والدين والبلد والعفة تقل التفاوت بينهما فتقل
الجهالة فاما جهالة الجنس والنوع فجهالة متفاحشة فكانت كثيرة
جهالة من مهر المثل فيمنع صحة التسمية وان كان المسمى معلوم الجنس
والنوع مجهول الصفة والقدر كما اذا تزوجها على عبد او امة او فرس
او جمل او حمار او ثوب هروي فلها الوسط من ذلك والزوج بالخيار ان شاء
اعطاها الوسط وان شاء اعطاها قيمته وقال الشافعي لا تصح التسمية **وجه قوله**
ان المسمى مجهول الوصف فلا تصح تسميته كما في باب البيع وهذا لان جهالة
الوصف تفضي الى المنازعة كجهالة الجنس ثم جهالة الجنس تمنع صحة التسمية
فكذا جهالة الوصف **ولنا** ان النكاح معاوضة المال بما ليس بمال
والحيوان الذي هو معلوم الجنس والنوع مجهول الصفة يجوز
ان يثبت دينا في الذمة بدلا عما ليس بمال كما في الذمة كما في الدية
قال النبي صلى الله عليه وسلم في النفس المؤمنة مائة من الابل
والبضع ليس بمال فجاز ان يثبت الحيوان في الذمة بدلا عنه ولان جهالة
الوسط من هذه الاصناف مثل مهر المثل او اقل فتلك الجهالة لم تمنع
صحة تسمية البدل فكذا هذه الا انه لا يصح تسميته ثمنا في البيع لان البيع
لا يحتمل جهالة البدل اصلا **قلت** او كثرت والنكاح يحتمل الجهالة
اليسيرة مثل جهالة مهر المثل او اقل فتلك الجهالة لما لم تمنع صحة تسمية البدل
فكذا هذه الا انه لا تصح تسميته ثمنا في البيع لان البيع لا يحتمل جهالة البدل
اصلا وانما كان كذلك لان مبنى البيع وانما كان كذلك لان مبنى البيع على
المضايقة والمماكسة فالجهالة فيه وان قلت تفضي الى المنازعة ومبنى
النكاح على المسامحة والمروءة فقدر الجهالة لمهر المثل فيه لا يفضي الى
المنازعة فهو الفرق واما وجوب الوسط فلان الوسط هو العدل لما
فيه من مراعاة الجانبين لان الزوج يتضرر بايجاب الجيد والمراة تتضرر
فكان العدل في ايجاب الوسط هذا معنى قول النبي صلى الله عليه وسلم
خير الامور اوساطها والاصل في اعتبار الوسط في هذا الباب ما روي
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ايما امراة نكحت نفسها بغير اذن
مواليها فنكاحها باطل فان دخل بها فلها مهر المثل مثل نسائها لا وكس
ولا شطط وكذلك قال عبد الله بن مسعود في المفوضة ارى لها مهر مثل
نسائها لا وكس ولا شطط والمعنى ما ذكرنا واما ثبوت الخيار بين الوسط
وبين قيمته فلان الحيوان لا يثبت في الذمة ثبوتا مطلقا الا ترى انه لا يثبت
دينا في الذمة في معاوضة المال بالمال ولا يثبت في الذمة في معاوضة المال

بالمال

بالمال ولا يثبت في الذمة في ضمان الاتلاف حتى لا يكون مضمونا بالمثل
في الاستهلاك بل بالقيمة فمن حيث انه يثبت في الذمة في الجملة قلنا بوجوب
الوسط منه ومن حيث انه لا يثبت ثبوتا مطلقا قلنا بثبوت الخيار بين تسليمه
وتسليم قيمته عملا بالشبهين جميعا ولان الوسط منه ومن حيث انه لا يثبت
لا يعرف الا بواسطة القيمة فكانت القيمة اصلا في الاستحقاق فكانت اصلا
في التسليم واما ثبوت الخيار للزوج لا للمراة فلانه المستحق عليه فكان
الخيار له وكذلك لو تزوجها على بيت وخادم فلها بيت وسط مما
يجهز به النساء وهو بيت الثوب لا البيت المبني فينصرف الى فراش
البيت في اهل الامصار وفي اهل البادية الى بيت الشعر ولها خادم
وسط لان المطلق من هذه الاصناف ينصرف الى الوسط لان الوسط
منها معلوم بالعادة وجهالته مثل جهالة مهر المثل او اقل فلا يمنع
صحة التسمية كما لو نص على الوسط ولو وصف شيئا من ذلك بان قال جيد
ووسط او ردي فلها الموصوف ولو جاء بالقيمة تجبر على القبول لان
القيمة هي الاصل **الا ترى** انه لا يعرف الجيد والوسط والردي
الا باعتبار القيمة فكانت القيمة هي المعرفة لهذه الصفات فكانت
اصلا في الوجوب فكانت اصلا في التسليم فاذا جاء بها تجبر على قبولها
ولو تزوجها على وصيف ابيض لا شك انه يصح التسمية لانها تصح
بدون الوصف فاذا وصف اولى ولها الوصيف الجيد لان الابيض عندهم
اسم للجيد ثم الجيد عندهم هو الرومي والوسط السندي والردي الهندي
واما عندنا فالجيد هو التركي والرومي والردي الهندي وقال ابو حنيفة
قيمة الخادم الجيد خمسون دينارا وقيمة الوسط اربعون وقيمة
الردي ثلاثون وقيمة البيت الوسط اربعون دينارا وقال
ابو يوسف ومحمد ان زاد السعر او نقص فبحسب الغلاء والرخص وهذا
ليس باختلاف في الحقيقة فقد رمي ابي حنيفة كانت القيم مستقرة
وفي زمانهما تغيرت القيم فاجاب كل على عرف زمانه والمعتبر في ذلك
القيمة بلا خلاف ثم لو تزوجها على بيت وخادم حتى وجب الوسط
من كل واحد منهما ثم صالحت من ذلك زوجها على اقل من قيمة الوسط
ستين دينارا او سبعين دينارا جاز الصلح لانها بهذا الصلح اسقطت
بعض حقها لان الواجب فيهما ثمانون فاذا صالحت على اقل من ذلك
فقط اسقطت البعض ومن له الحق اذا اسقط بعض حقه واستوفى الباقي
جاز ويجوز ذلك بالنقد والنسيئة لما ذكرنا ان الصلح وقع على عين الحق
باسقاط البعض فكان الباقي عين الواجب فجاز فيه التاجيل
فان صالحت على مائة دينار فالفضل باطل لان المسمى اذا لم يكن مستقرا

فالقيمة واجبة بالعقد ومن وجب له حق فصالح على أكثر من حقه لم يجز وإن كان
المسمى معلوم الجنس والنوع والقدر والصفة كما إذا تزوجها على مكيل موصوف
أو موزون موصوف سوى الدراهم والدنانير صحت التسمية لأن المسمى
مال معلوم لا جهالة فيه بوجه الا ترى أنه يثبت دينا في الذمة ثبوتا
مطلقا فإنه يجوز البيع به والسلم فيه ويضمن بالمثل فيجبر على دفعه
ولا يجوز دفع عوضه إلا برضى المرأة ولو تزوجها على مكيل أو موزون ولم
يصف صحت التسمية لأنه مال معلوم الجنس والنوع فصحت تسميته
فإن شاء الزوج أعطاها الوسط من ذلك وإن شاء أعطاها قيمته
كذا ذكر الكرخي في جامعه وذكر الحسن عن أبي حنيفة أنه يجبر على تسليم
الوسط **وجه ما ذكره الكرخي** أن القيمة أصل في إيجاب الوسط
لأنها يعرف كونه وسطا فكانت أصلا في التسليم كما في العبد **وجه
رواية الحسن** رحمه الله أن الشرع لما أوجب الوسط فقد تعين
الوسط بتعيين الشرع فصار كما لو عينه بالتسمية ولو سمى الوسط
يجبر على تسليمه كذا هذا بخلاف العبد فإن هناك لو سمى الوسط
ونص عليه لا يجبر على تسليمه فكذا إذا أوجبه الشرع **وأما** الثياب
فقد ذكر في الأصل أنه إذا تزوجها على ثياب موصوفة أنه بالخيار
إن شاء سلمها وإن شاء سلم قيمتها ولم يفصل بينهما إذا سمى لها أجلا
أو لم يسم وقال أبو يوسف أنه يجبر على دفعها وإن لم يؤجلها فلها
القيمة **وروي** عن أبي حنيفة أنه يجبر على تسليمها من غير هذا التفصيل
وهو قول زفر **وجه ما ذكر في الأصل** أن الثياب لا تثبت في الذمة
ثبوتا مطلقا لأنها ليست من ذوات الأمثال **الا ترى** أنها
مضمونة بالقيمة لا بالمثل في ضمان العدوان ولا تثبت في الذمة بنفسها
في عقود المعاوضات بل بواسطة الأجل فكانت كالعبيد وهناك
لا يجبر على دفع العبد وله أن يسلم القيمة كذا ههنا وأبو يوسف
رحمه الله يقول إذا أجلها فقد صارت بحيث تثبت في الذمة ثبوتا
مطلقا **الا ترى** أنها تثبت في الذمة في السلم فيجبر على الدفع كما في
السلم بل أولى لأن البدل في البيع لا يحتمل الجهالة رأسا والمهر في النكاح
يحتمل ضربا من الجهالة فلما تثبت في الذمة في البيع فلأن تثبت في
النكاح أولى **وجه الرواية الأخرى** لأبي حنيفة رحمه الله أن امتناع
ثبوتها في الذمة لمكان الجهالة فإذا وصفت فقد زالت الجهالة فيصح ثبوتها
في الذمة مهرا في النكاح وإنما لا يصح السلم فيها إلا مؤجلا لا لأن العلم بها
يقف على التأجيل لأن السلم لم يشرع إلا مؤجلا والأجل ليس بشرط
في المهر فكان ثبوتها في المهر غير المؤجل كثبوتها في السلم مؤجلة فيجبر

على

على تسليمها ولو قال تزوجتك على هذا العبد أو على ألف أو على ألفين
فالتسمية فاسدة في قول أبي حنيفة ويحكم مهر المثل فإن كان مهر مثلها
مثل الأدون إلا أن يرضى الزوج بالأرفع وإن كان مهر مثلها مثل
الأرفع أو أكثر فلها الأرفع إلا أن ترضى المرأة بالأدون وإن كان
مهر مثلها فوق الأدون وأقل من الأرفع فلها مهر مثلها وقال
أبو يوسف ومحمد رحمهما الله التسمية صحيحة ولها الأدون على كل حال
وجه قولهما أن المصير إلى مهر المثل عند تعذر إيجاب المسمى ولا تعذر
ههنا لأنه يمكن إيجاب الأقل لكونه متيقنا وفي الزيادة شك
فيجب المتيقن به وصار كما إذا أعتق عبده على ألف أو ألفين أو خالع
امرأته على ألف أو ألفين أنه يصح التسمية ويجب الألف كذا هذا
ولأبي حنيفة رحمه الله أنه جعل المهر أحد المذكورين غير عين لأن كلمة
أو تتناول أحد المذكورين غير عين وأحدهما غير عين مجهول فكان
المسمى مجهولا وهذه الجهالة أكثر من جهالة مهر المثل الا ترى أن كلمة
أو تدخل بين أقل الأشياء وأكثرها فيمنع صحة التسمية فيحكم مهر المثل
لأنه الموجب الأصلي في هذا الباب فلا يعدل عنه إلا عند صحة التسمية
ولا صحة إلا بتعيين المسمى ولم يوجد فيجب مهر المثل إلا أنه لا ينقص
عن الأدون لأن الزوج رضي بذلك القدر ولا يزاد على الأرفع لرضى
المرأة بذلك القدر ولا يلزم على هذا ما إذا تزوجها على هذا العبد على
أن الزوج بالخيار في أن يدفع أيهما شاء أو على أن المرأة بالخيار في ذلك
تأخذ أيهما شاءت أنه يصح التسمية وإن كان المسمى مجهولا لأن تلك
الجهالة يمكن رفعها الا ترى أنها ترتفع باختيار من له الخيار
فقلت الجهالة فكانت كجهالة مهر المثل وأقل من ذلك فلا يمنع صحة
التسمية وههنا لا سبيل إلى رفع الجهالة لأنه إذا لم يكن فيه خيار
لكل واحد منهما أن يختار غير ما اختاره صاحبه فتفاحشت الجهالة
فمنعت صحة التسمية بخلاف الإعتاق والخلع لأنه ليس لهما موجب
أصلي يصار إليه عند وقوع الشك في المسمى فوجب المتيقن من المسمى
لأن إيجابه أولى من الإيقاع مجانا بلا عوض أصلا لعدم رضى المولى
والزوج بذلك وفيما نحن فيه له موجب أصلي فلا يعدل عنه إلا عند
تيقن المسمى ولا تيقن مع الشك بإدخال كلمة الشك فالتحقت
التسمية بالعدم فبقي الموجب الأصلي واجب المصير إليه ولو تزوج
امرأة على ألف إن لم يكن له امرأة وعلى ألفين إن كان له امرأة أو
تزوجها على ألف إن لم يخرجها من بلدها أو على ألفين إن أخرجها
من بلدها أو تزوجها على ألف إن كانت مولاة أو على ألفين إن كانت

عريبة وما اشبه ذلك ان النكاح جائز لان النكاح المؤبد الذي لا توقيت فيه لا يبطله
الشروط الفاسدة لما ذكرنا ان الشروط لو اثرت لاثرت في المهر بفساد التسمية
وفساد التسمية لا يكون فوق العدم ثم عدم التسمية راسا لا يوجب فساد
النكاح ففسادها اولى واما المهر فالشرط الاول جائز بلا خلاف فان
وقع الوفاء به فلها ما سمي على ذلك الشرط وان لم يقع الوفاء به فان كان
على خلاف ذلك او فعل خلاف ما شرط فلها مهر مثلها لا ينقص من الالف ولا
يزاد على الاكثر وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما
الله الشرطان جائزان وقال زفر الشرطان فاسدان وهذه فرع
مسئلة معروفة في الاجارات وهو ان يدفع رجل ثوبا الى الخياط فيقول له
ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم **وجه قول**
زفر ان كل واحد من الشرطين يخالف الاخر فاوجب ذلك جهالة المستحق
فلم تصح التسمية **وجه قولهما** ان المسمى معلوم في الشرط الثاني كما هو معلوم
في الشرط الاول فتصح التسميتان كما اذا قال للخياط ان خطته روميا
فبدرهم وان خطته فارسيا فبنصف درهم ولابي حنيفة رحمه الله ان
الشرط الاول وقع صحيحا بالاجماع وموجبه رد مهر المثل ان لم يقع
الوفاء به فكانت التسمية الاولى صحيحة فلو صح الشرط الثاني لكان
نافيا موجب الشرط الاول والتسمية الاولى والتسمية بعد ما صحت
لا يجوز نفي موجبها فبطل الشرط الثاني ضرورة وقال ان ما شرط
الزوج من طلاق المراة وترك الخروج من البلد لا يلزمه في الحكم لان
ذلك وعد لها فلا يكلف به وعلى هذا يخرج ما اذا تزوجها على حكمه او
على حكمها او حكم اجنبي ان التسمية فاسدة لان المحكوم به مجهول
وجهالته اكثر من جهالة مهر المثل فيمنع صحة التسمية ثم ان كان التزوج
على حكم الزوج ينظر ان حكم بمهر مثلها او اكثر فلها ذلك لانه رضي بتلك
الزيادة وان حكم باقل من مهر مثلها فلها مهر مثلها الا ان ترضى بالاقل
وان كان التزوج على حكمها فان حكمت بمهر مثلها او اقل فلها ذلك لانها رضيت
باسقاط حقها وان حكمت باكثر من مهر مثلها لم تجز الزيادة لان المستحق
هو مهر المثل الا اذا رضي الزوج بالزيادة وان كان التزوج على حكم
اجنبي فان حكم بمهر المثل جاز وان حكم باكثر من مهر المثل يتوقف على رضى
الزوج وان حكم باقل يتوقف على رضى المراة لان المستحق هو مهر المثل
والزوج لا يرضى بالزيادة والمراة لا ترضى بالنقصان كذلك يتوقف الامر
في الزيادة والنقصان على رضاهما وان تزوجها على ما يكسب او يرث
فهذه تسمية فاسدة لان جهالة هذا اكثر من جهالة مهر المثل لانه قد انضم
الى الجهالة الخطر لانه قد يكسب وقد لا يكسب ثم الجهالة بنفسها تمنع صحة

التسمية

التسمية بالتقدم وفي قياس قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لها مهر مثلها لا يجاوز حصتها
من الالف لانها تعتبر ان التسمية في حصتها في حق الانقسام والله اعلم وعلى هذا
يخرج تسمية المهر على السمعة والرياء انها تصح او لا تصح وجملة الكلام فيه ان السمعة
في المهر اما ان يكون في قدر المهر واما ان كانت في جنسه فان كانت في قدر المهر
بان تواضعا في السر والباطن واتفقا على ان يكون المهر الف درهم لكنهما يظهران
في العقد الفين لامر حملهما على ذلك فان لم يقولا الف منهما سمعة فالمهر ما ذكراه
في العلانية وذلك الفان لان المهر ما يكون مذكورا في العقد والفان
مذكورتان في العقد فاذا لم يجعلا الالف منهما سمعة صحت تسمية الالفين
وان قالا الالف منهما سمعة فالمهر ما ذكراه في السر وهو الالف في ظاهر
الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله وهو قول ابي يوسف ومحمد وروي عن ابي
حنيفة رحمه الله وهو قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان المهر ما اظهراه وهو
الالفان **وجه هذه الرواية** ان المهر هو المذكور في العقد لانه اسم
لما يملك به البضع والذي يملك به البضع هو المذكور في العقد وانه يصح ان
يكون مهرا لانه مال معلوم فتصح تسميته ويصير مهرا ولا يعتبر المواضعة
السابقة **وجه ظاهر الرواية** انهما لما جعلا الالف منهما سمعة فقد
هزلا بذكر قدر الالف حيث لم يقصدا به مهرا والمهر مما يدخله الجد والهزل
ففسدت تسمية قدر الالف والتحقت بالعدم فبقي العقد على الف وان
كانت السمعة من جنس المهر بان تواضعا واتفقا في السر والباطن على ان
يكون المهر الف درهم ولكنهما يظهران في العقد مائة دينار فان لم يقولا ان
رياء وسمعة فتعاقدا على مهر المثل فالمهر ما تعاقدا عليه لما قلنا وان قالا رياء
وسمعة فتعاقدا على ذلك فلها مهر مثلها في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله
ورواية عنه ان لها مهر العلانية مائة دينار **وجه هذه الرواية** على
نحو ما ذكرنا ان المائة دينار هي المذكورة في العقد والمهر اسم للمذكور في العقد
ولا يعتبر المواضعة السابقة **وجه ظاهر الرواية** ان ما تواضعا
عليه وهو الالف لم يذكراه في العقد وما ذكراه [illegible] هو المائة دينار
ما تواضعا عليه فلم يوجد التسمية فيجب مهر المثل كما لو تزوجها ولم يسم لها
مهرا هذا الذي ذكرنا اذا لم يتعاقدا في السر والباطن ولكنهما تواضعا
واتفقا في السر والباطن على ان يكون للمهر قدرا وجنسا ثم تعاقدا عليه على
ما تواضعا واتفقا عليه فاما اذا تعاقدا في السر على قدر من المهر او جنس
منه ثم تواضعا واتفقا في السر على ان يظهرا في عقد العلانية اكثر من ذلك
او جنسا اخر فان لم يذكرا في المواضعة السابقة ان ما يعقدانه سمعة فالمهر ما ذكراه
في العلانية في قول ابي حنيفة ومحمد ويكون ذلك زيادة على المهر الاول سواء
كان من جنسه او من خلاف جنسه فقد قالا الزيادة على المهر فيكون زيادة

وروى ابو يوسف رحمه الله انه قال المهر هو السر **وجه قوله** ان المهر
ما يكون مذكورا في العقد والعقد هو الاول لان النكاح لا يحتمل الفسخ والاقالة
والثاني لا يرفع الاول فلم يكن الثاني عقدا في الحقيقة فلا يعتبر المذكور
عنده فكان المهر هو المذكور في العقد الاول **وجه قولهما** انهما قصدا به
شيئين استثناء العقد وزيادة في المهر واستئناف العقد لا يصح لان النكاح
لا يحتمل الفسخ والزيادة صحيحة فصار كانه زاد الفا اخرى او مائة دينار
وان ذكرا في المواضع السابقة ان الزيادة والجنس الاخر سمعة فالمهر هو
المذكور في العقد الاول والمذكور في العقد الثاني لغو لانهما هزلا به حيث
جعلاه سمعة والهزل يعمل في المهر فيبطله والله اعلم **ومنها** ان يكون
ان يكون النكاح صحيحا فلا تصح التسمية في النكاح الفاسد حتى لا يلزم المسمى
لان ذلك ليس بنكاح لما نذكر الا انه اذا وجد الدخول يجب مهر المثل لكن بالوطء
لا بالعقد على ما نبينه في موضعه ان شاء الله تعالى ولو تزوج امراة على جارية
بعينها واستثنى ما في بطنها فلها الجارية وما في بطنها ذكره الكرخي والطحاوي
من غير خلاف لان تسمية الجارية مهرا قد صحت لانها مال معلوم واستثناء ما في
بطنها لم يصح لان الجنين في حكم جزء من اجزائها فاطلاق العقد على الام يتناوله
فاستثناؤه يكون بمنزلة شرط فاسد والنكاح لا يحتمل شرطا فاسدا
فبلغو الاستثناء ويلتحق بالعدم كانه لم يستثن راسا وكذلك اذا وهب جارية
واستثنى ما في بطنها لوجا لها او صالح من دم العمد لان هذه التصرفات
لا يبطلها الشروط الفاسدة ولو تزوج امراة على جارية فاستحقت او هلكت
قبل التسليم فلها قيمتها لان التسمية قد صحت لكون المسمى مالا متقوما
متقوما معلوما فالعقد انعقد موجبا للتسليم ولم يبطل بفوات التسليم
بالاستحقاق والهلاك لانه عجز عن تسليمها فيجب قيمتها بخلاف البيع
اذا هلك المبيع قبل التسليم الى المشتري انه لا يغرم البائع قيمته وانما يسقط
الثمن لا غير لان هلاك المبيع يوجب بطلان البيع ولا بطلان للبيع واذا بطل
البيع لم يبق وجوب التسليم فلا تجب القيمة ثم تفسير مهر المثل هو ان يعتبر مهرها
بمهر مثل نسائها من اخواتها لابيها وامها او لابيها وعماتها وبنات اعمامها في بلدها
وعصرها على مالها وجمالها وسنها وعقلها ودينها لان الصداق يختلف باختلاف
البلدان والاعصار وكذا يختلف باختلاف المال والجمال والسن والعقل والدين
فيزداد مهر المراة لزيادة مالها وجمالها وعقلها ودينها وحداثة سنها فلا
بد من المماثلة بين المراتين في هذه الاشياء ليكون الواجب لها مهر مثل نسائها
اذ لا يكون مهر المثل بدون المماثلة بينهما ولا يعتبر مهرها بمهر امها ولا بمهر
خالتها الا ان يكون من قبيلتها من بنات اعمامها لان المهر يختلف بشرف
النسب والنسب من الآباء لا من الامهات فانما يحصل لها شرف النسب من قبل

ايها

ابيها او قبيلته لا من قبل امها وعشيرتها **فصل** واما بيان ما يجب به المهر وبيان
وقت وجوبه وكيفية وجوبه وما يتعلق بذلك من الاحكام **فنقول**
وبالله التوفيق **المهر** في النكاح الصحيح يجب بالعقد لانه احداث الملك والمهر يجب
بمقابلة احداث الملك والمهر يجب بمقابلة احداث الملك ولانه عقد معاوضة وهو
معاوضة البضع بالمهر فيقتضي وجوب العوض كالبيع سواء كان المهر مفروضا
في العقد او لم يكن مفروضا عندنا وعند الشافعي ان كان مفروضا في العقد
فكذلك وان لم يكن مفروضا لا يجب بنفس العقد وانما يجب بالفرض او بالدخول
على ما ذكرنا فيما تقدم وفي النكاح الفاسد يجب المهر لكن لا بنفس العقد بل
بواسطة الدخول لعدم حدوث الملك قبل الدخول اصلا وعدم حدوثه بعد
الدخول مطلقا ولانعدام المعاوضة قبل الدخول راسا وانعدامها بعد
الدخول مطلقا لما نذكر في موضعه ان شاء الله تعالى ويجب عقيب العقد بلا
فصل لما ذكرنا انه يجب باحداث الملك والملك يجب عقيب العقد بلا فصل
ولان المعاوضة المطلقة تقتضي ثبوت الملك في العوضين في وقت واحد وقد
ثبت الملك في احد العوضين وهو البضع عقيب العقد فيثبت في العوض
الاخر عقيبه تحقيقا للمعاوضة المطلقة الا انه يجب بنفس العقد وجوبا موسعا
وانما يجب بتضييق عند المطالبة كالثمن في باب البيع انه يجب بنفس البيع
وجوبا موسعا وانما يتضيق عند مطالبة البائع واذا طالبت المراة بالمهر
يجب على الزوج تسليمه اولا لان حق الزوج في المراة متعين وحق
المراة في المهر لم يتعين بالعقد وانما يتعين بالقبض فوجب على الزوج
التسليم عند المطالبة ليتعين كما في البيع ان المشتري يسلم الثمن اولا
ثم يسلم البائع المبيع الا ان الثمن في باب البيع اذا كان دينا يتقدم
تسليمه على تسليم المبيع ليتعين وان كان عينا يسلمان معا وههنا يتقدم
تسليم المهر على كل حال سواء كان دينا او عينا لان القبض والتسليم ههنا معا
متعذر ولا تعذر في البيع **و**اذا ثبت هذا **فنقول** وبالله التوفيق **للمراة**
قبل دخول الزوج بها ان تمنع الزوج من الدخول حتى يعطيها جميع المهر ثم
تسلم نفسها الى زوجها وان كانت قد انتقلت الى بيت زوجها لما ذكرنا ان
بذلك يتعين حقها فيكون تسليما بتسليم ولان المهر عوض عن بضعها كالثمن
عوض عن المبيع وللبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن وكان للمراة حق حبس
نفسها لاستيفاء المهر وليس للزوج منعها عن السفر والخروج من منزله
وزيارة اهلها قبل ايفاء المهر لان حق الحبس انما ثبت لاستيفاء المستحق
فاذا لم يجب عليها تسليم النفس قبل ايفاء المهر لم يثبت للزوج حق الاستيفاء
فلا يثبت له حق الحبس واذا اوفاها المهر فله ان يمنعها من ذلك كله الا
من سفر الحج اذا كان عليها حجة الاسلام ووجدت محرما وله ان يدخل بها

لانه اذا اوفاها حقها يثبت له حق الحبس لاستيفاء المعقود عليه فان اعطاها
المهر الا درهما واحدا فلها ان تمنع نفسها وان تخرجها من مصرها حتى تقبضه لان حق
الحبس لا يتجزى فلا يبطل الا بتسليم كل البدل كما في البيع ولو صرحت لم يكن للزوج
ان يسترد منها ما قبضت لان قبضه بحق لكونه المقبوض حقا لها والمقبوض
بحق لا يحتمل النقض هذا اذا كان المهر معجلا بان تزوجها على صداق
عاجل او كان مسكوتا عن التعجيل والتاجيل لان حكم المسكوت حكم المعجل
لان هذا عقد معاوضة فيقتضي المساواة من الجانبين والمراة عينت حق
الزوج فيجب ان يعين الزوج حقها وانما يتعين بالتسليم فاما اذا كان
موجلا بان تزوجها على مهر اجل فان لم يذكرا الوقت لشي من المهر اصلا
بان قال تزوجتك على الف موجله او ذكر وقتا مجهولا جهالة متفاحشة
بان قال تزوجتك على الف الى وقت الميسرة او هبوب الريح او الى
ان تمطر السما فكذلك لان التاجيل لم يصح لتفاحش الجهالة فلم يثبت
الاجل ولو قال نصفه معجل ونصفه موجل كما جرت العاده في
ديارنا ولم يذكرا الوقت للموجل اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يجوز
الاجل ويجب حالا كما اذا قال تزوجتك على الف موجله وقال
بعضهم يجوز ويقع ذلك على وقت وقوع الفرقة بالموت وبالطلاق
وروى عن ابي يوسف رحمه الله ما يويد هذا القول وهو ان رجلا كفل
لامراة عن زوجها نفقة كل شهر ذكر في كتاب النكاح انه يلزمه نفقة شهر
واحد في الاستحسان **وذكر** عن ابي يوسف انه يلزمه نفقة كل شهر ما دام
النكاح قايما بينهما فكذلك ههنا وان ذكر وقتا معلوما للمهر فليس
لها ان تمنع نفسها سوا كانت المدة في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
ابو يوسف رحمه الله اخيرا لها ان تمنع نفسها سوا كانت المدة طويلة او قصيرة
بعد ان كانت معلومة او مجهولة جهالة متقاربة كجهالة الحصاد والدياس
وجه قول ابي يوسف رحمه الله ان من حكم المهران يتقدم تسليمه على تسليم
النفس بكل حال الا ترى انه لو كان معينا او غير معين وجب تقديمه فلما قبل
الزوج التاجيل كان ذلك رضا بتاخير حقه في القبض بخلاف البايع اذا
اجل الثمن انه ليس له ان يحبس المبيع ويبطل حقه بتاجيل الثمن لانه ليس
من حكم الثمن تقدم تسليمه على تسليم المبيع ويبطل حقه في الحبس
بتاجيل الثمن لانه ليس من حكم الثمن تقدم تسليمه على تسليم المبيع ويبطل
حقه في الحبس بتاجيل الثمن لانه ليس من حكم الثمن الا ترى ان الثمن اذا
كان عينا يسلمان معا فلم يكن قبول المشتري التاجيل رضا منه باسقاط
حقه في القبض **وجه قولهما** ان المراة بالتاجيل رضيت باسقاط حق
نفسها فلا يسقط حق الزوج كما اذا اجل الثمن انه يسقط حق حبس المبيع بخلاف

ما اذا كان التاجيل الى مدة مجهولة جهالة متفاحشة لان التاجيل لم يصح
فلم يثبت الاجل وبقي المهر حالا واما قوله من شان المهران يتقدم تسليمه
على تسليم النفس فنقول نعم اذا كان معجلا او مسكوتا عن الوقت واما اذا
كان موجلا تاجيلا صحيحا عن حكمه ان يتاخر تسليمه عن تسليم النفس لان تقديم
تسليمه ثبت حقا لها لانه يثبت تحقيقا للمعاوضة المقتضية للمساواة حقا لها
فاذا اجلته فقد اسقطت حق نفسها فلا يسقط زوجها لانعدام الاسقاط
منه والرضي بالسقوط لهذا المعنى يسقط حق البايع في الحبس بتاجيل الثمن
كذا هذا ولو كان بعضه حالا وبعضه موجلا اجلا معلوما فله ان
يدخل بها اذا اعطاها الحال بالاجماع اما عندهما فلان الكل كان موجلا
كان له ان يدخل بها فاذا كان البعض معجلا واعطاها ذلك اولى
والفقه ما ذكرنا ان الزوج ما رضي باسقاط حقه فلا يسقط حقه واما
عند ابي يوسف رحمه الله فلانه لما عجل البعض فلم يرض بتاخير حقه عن
القبض لانه لو رضي بذلك لم يكن لشرط التعجيل فايدة بخلاف ما اذا كان
الكل موجلا لانه لما قبل التاجيل فقد رضي بتاخير حقه ولو لم يدخل
بها حتى حل الباقي فله ان يدخل بها حتى اعطاها الحال لما قلنا ولو
كان الكل موجلا اجلا معلوما وشرط ان يدخل بها قبل ان يعطيها كله
فله ذلك عند ابي يوسف ايضا لانه لما شرط الدخول لم يرض بتاخير
حقه في الاستمتاع واذا كان المهر موجلا اجلا معلوما فحل الاجل
ليس لها ان تمنع نفسها لتستوفي المهر على اصل ابي حنيفة ومحمد رحمهما
الله لان حق الحبس قد سقط بالتاجيل والساقط لا يحتمل العود
كالثمن في البيع **وعلى** اصل ابي يوسف رحمه الله لها ان تمنع نفسها
لان لها قبل حلول الاجل فبعده اولى ولو كان المهر حالا فاخرته
شهرا ليس لها ان تمنع عندهما وعنده لها ذلك لان هذا تاجيل طارئ
فكان حكمه حكم التاجيل المقارن وقد مر الكلام فيه ولو دخل الزوج
بها برضاها وهي مكلفة فلها ان تمنع نفسها حتى تاخذ المهر ولها
ان تمنعه ان يخرجها من بلدها في قول ابي حنيفة رحمه الله وقال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ليس لها ذلك وعلى هذا الخلاف اذا
خلا بها **ووجه قولهما** انها بالوطي مرة واحدة او بالخلوة
الصحيحة سلمت المعقود عليه ان المعقود عليه في هذا الباب
في حكم العين ولهذا يتاكد جميع المهر بالوطي مرة واحدة ومعلوم
ان جميع البدل لا يتاكد بتسليم بعض المعقود عليه وما يتكرر
من الوطيا يلحق بالاستخدام فلا يقابله شي من المهر ولابي حنيفة
رحمه الله ان المهر مقابل بجميع ما يستوفي من منافع البضع في جميع

الوطيات التي توجد في هذا الملك لا بالمستوفي بالوطية الاولى خاصه
لانه لا يجوز اخلا شي من منافع البضع عن بدل يقابله احترازا للبضع ه
وابانة لخطره فكانت هي بالمنع ممتنعة عن تسليم ما يقابله ثم لو كان لها
ذلك كالوطي في المراة الاولى وكان الوطي في المرة الثانيه والثالثه كالوطي
في المرة الاولى فكان لها ان تمتنع عن الاولى باخذ مهرها فكذلك عن ه
الثاني والثالث لان المهر يتاكد بالوطي مرة واحدة لانه موجود
معلوم وما وراه معدوم ومجهول فلا يزاحمه في الانقسام ثم عند الوجود
يتعين قطعا ويصير مزاحما فياخذ قسطا من البدل كالعبد اذا جني جناية
يجب دفعه بها فان جني جناية اخري فالثانيه تزاحم الاولى عند ه
وجودها في وجوب الدفع بها وكذا الثالثه والرابعه الي ما لا نهاية هي
بخلاف البايع اذا سلم المبيع قبل قبض الثمن او بعد ما قبض شيا منه
ثم اراد ان يسترد انه ليس له ذلك لانه سلم كل المبيع فلا يملك الرجوع
فيما سلم وههنا ما سلمت كل المعقود عليه بل البعض دون البعض لان
المعقود عليه منافع البضع وما سلمت كل المنافع بل بعضها دون بعض
فهي بالمنع تمتنع عن تسليم ما يحصل مسلما بعد فكان لها ذلك كالبايع
اذا سلم بعض المبيع قبل استيفا الثمن كان له حق حبس الباقي ليستوفي الثمن
كذا هذا وكان ابو القاسم الصفار رحمه الله يفتي في منعها نفسها بقول
ابي يوسف رحمه الله وقول محمد وفي السفر بقول ابي حنيفه وبعد ايفا
المهر كان له ان ينقلها حيث شا وحكي الفقيه ابو جعفر الهندواني ه
عن محمد بن سلمه انه كان يفتي ان بعد تسليم المهر ليس لزوجها ان يسافر بها
قال ابو يوسف ولو وجدت المهر زيوفا او ستوقا فردت او كان ها
المعقود عرضا اشترته من الزوج بالمهر فاستحق بعد القبض وقد
كان دخل بها فليس لها ان تمنع نفسها في جميع ذلك وهذا على اصلهما
مستقيم لان من اصلهما ان التسليم من غير قبض المهر يبطل حق المنع وهذا
تسليم من غير قبض لان ذلك القبض بالتسليم والاستحقاق انتقض
والتحق بالعدم وصار كانها لم تقبضه وقبل القبض الجواب هكذا عندهما
واما عند ابي حنيفه فينبغي ان يكون لها ان تمنع نفسها **ثم** فرق ابو يوسف
بين هذا وبين البيع انه اذا استحق الثمن من يد البايع او وجده
زيوفا او ستوقا افرده له ان يسترد المبيع فيحبسه لان البايع
بعد الاسترداد يمكنه الحبس على الوجه الذي كان قبل ذلك وههنا ه
لا يمكن لانه استوفي بعض منافع البضع فلا يكون هذا الحبس مثل
الاول فلا يعود حقها في الحبس **ومما** يلحق بهذا الفصل ان للمراة
ان تهب مهرها للزوج دخل بها او لم يدخل لقوله تعالى فان طبن

لكم عن شي منه نفسا فكلوه هنيا مريا وليس لاحد من اوليائها الاعتراض
عليها سوا كان ابا او غيره لانها وهبت خالص ملكها وليس لاحد ه
في عين المهر حق فيجوز ويلزم بخلاف ما اذا زوجت نفسها وقصرت
عن مهر مثلها ان للاوليا حق الاعتراض في قول ابي حنيفه رحمه الله
لان الامهار حق الاوليا فقط تصرفت في خالص حقهم ولا لحقا الحقت
الضرر بالاوليا بالحاق العار والفساد بهم فلهم رفع هذا ه
الضرر بالاعتراض والفسخ وليس للاب ان يهب مهر بنته عند
عامة العلما وقال بعضهم له ذلك وتمسكوا بقوله تعالى او يعفو الذي
بيده عقدة النكاح والاب بيده عقدة النكاح **ولنا** ان المهر ملك
المراه وحقها لانه بدل بضعها وبضعها حقها والدليل عليه قوله
تعالى واتوا النسا صدقاتهن نحلة اضاف المهر اليها فدل انه حقها
وملكها وقوله تعالى فان طبن لكم عن شي منه نفسا فكلوه هنيا مريا
وقوله منه اي من الصداق لانه هو المذكور السابق اباح للازواج
التناول من مهور النسا اذا طابت انفسهن بذلك فكذا علق الاباحة
بطيبه انفسهن فدل ذلك كله على ان مهرها ملكها وحقها وليس لاحد ان
يهب ملك الانسان بغير اذنه ولهذا لا يملك الولي هبة غيره من
اموالها فكذا المهر **واما الايه** فقد قيل ان المراد من الذي بيده
عقدة النكاح هو الزوج ويجوز ان يحمل قول من صرف التاويل الي
الولي علي بيان نزول الايه علي ما قيل ان حين النزول كان المهور
للاوليا ودليله قول شعيب لموسي صلي الله عليهما وسلم اني اريد
ان انكحك احدي ابنتي هاتين علي ان تاجرني ثماني حجج شرط المهر ه
لنفسه لا لابنته ثم نسخ ما تلونا من الايات وللمولي ان يهب صداق
امته او مدبرته وام ولده من زوجها لان المهر ملكه وليس له ان يهب مهر
مكاتبته ولو وهب لا يبرا الزوج ولا ينفذ الي المولي لان مهر المكاتبه
لها لا للمولي لان مهرها من اكسابها لانه من اكسابها وكسب المكاتب
له لا لمولاه ويجوز الزياده في المهر اذا تراضيا بها والحط عنها اذا ه
رضيت به لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد
الفريضه رفع الجناح فيما تراضي به الزوجان بعد الفريضه ه
وهو التسميه وذلك هو الزياده في المهر والحط عنه واحق ما يصرف اليه
الايه الزياده لان ذكر لفظة التراضي وانه يكون بين اثنين ورضي المراه
كان في الحط لان الزياده تلتحق العقد وتصير كالعقد ورد على الاصل
والزياده جميعا كالخيار في باب البيع والاجل فيه فان من اشتري ه
من اخر عبدا بيعا باتا ثم ان احدهما جعل لصاحبه الخيار يوما جاز ه

ذلك البيع حتى لو نقض البيع جاز نقضه ويصير ذلك كالخيار المشروط في اصل
البيع وكذا اذا اشترى عبدا بالف درهم حالة ثم ان البايع اجل المشتري
في الثمن شهرا جاز التاجيل ويصير كانه كان مسمى في العقد كذا ههنا ولا
يثبت خيار الرويه في المهر حتى لو تزوج امراة على عبد بعينه او جارية
بعينها ولم تره ثم راته ليس لها ان ترده بخيار الرويه لان النكاح لا ينفسخ
برده فلو ردت لرجعت عليه بمثله ولثبت لها فيه خيار الرويه فترده
ثم ترجع عليه باخر الى ما لا يتناهى فلم يكن الرد مفيد الخلوه عن العاقبة
الحميدة وكان سفها فلا يثبت لها خيار الرد وكذلك هذا في الخلع والاعتاق
على مال والصلح عن دم العمد لما قلنا بخلاف البيع انه يثبت فيه خيار الرويه
لان البيع ينفسخ برد المبيع ويرجع بالثمن فكان الرد مفيدا لذلك افترقا
وهل يثبت خيار العيب في المهر ينظر في ذلك ان كان العيب
يسيرا لا يثبت وان كان فاحشا يثبت وكذلك هذا في بدل الخلع
والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد بخلاف البيع والاجارة وبدل
الصلح على مال انه يرد بالعيب اليسير والفاحش لان هناك ينفسخ
العقد برده وههنا لا ينفسخ واذا لم ينفسخ يقبض مثله فربما يجد فيه
عيبا يسيرا ايضا ان الاعيان لا تخلوا عن قليل عيب فيرده ثم يقبض
مثله فيودي الى ما لا يتناهى فلا يفيد المعنى الرد وهذا المعنى
لا يوجد في البيع والاجارة لانه ينفسخ العقد بالرد فكان الرد
مفيدا ولان حق الرد بالعيب انما يثبت استدراكا للغايت وهو صفة
السلامة المستحقة بالعقد والعيب اذا كان يسيرا لا يعرف الفوات
بيقين لان العيب اليسير يدخل تحت تقويم المقومين لا يخلوا عنه فمن
يقومه بدون الالف ومن يقوم يقومه مع العيب بالالف ايضا فلا يعلم
فوات صفة السلامة بيقين فلا حاجة الى الاستدراك بالرد بخلاف
البيع الفاحش لانه لا يختلف فيه المقومون فكان الفوات حاصلا بيقين
فيقع الحاجة الى استدراك الفايت بالرد الا ان هذا المعنى موجود فيها
فالاصح هو الوجه الاول ولا شفعة في المهر لان من شرايط ثبوت حق الشفعة
معاوضة المال بالمال لما نذكر في كتاب الشفعة والنكاح معاوضة البضع
بالمال فلا يثبت فيه حق الشفعة واما بيان ما يتاكد به المهر
فالمهر يتاكد باحد معان ثلاثة الدخول والخلوة الصحيحة وموت
احد الزوجين سواء كان المسمى او مهر المثل حتى لا يسقط منه بعد
ذلك الا بالابراء من صاحب الحق **اما** التاكد بالدخول فمتفق عليه
والوجه فيه ان المهر قد وجب بالعقد وصار دينا في ذمته والدخول
لا يسقط لانه استيفا المعقود عليه واستيفا المعقود عليه تقرر البدل

لا ان يسقطه كما في الاجارة ولان المهر يتاكد بتسليم البدل من غير استيفايه
لما نذكر فلان يتاكد بالتسليم مع الاستيفا اولى **واما** التاكد بالخلوة
فمذهبنا وقال الشافعي لا يتاكد المهر بالخلوة حتى لو خلا بها خلوة صحيحة
ثم طلقها قبل الدخول بها في نكاح فيه تسمية يجب عليه كمال المسمى عندنا
وعنده نصف المسمى وان لم يكن في نكاح تسمية يجب عليه كمال المسمى مهر
المثل عندنا وعنده يجب عليه المتعة وعلى هذا الاختلاف وجوب
العدة بعد الخلوة قبل الدخول عندنا يجب وعنده لا يجب
واحتج بقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم
لهن فريضة فنصف ما فرضتم اوجب الله تعالى نصف المفروض في الطلاق
قبل الدخول في نكاح فيه تسمية لان المراد من المس هو الجماع ولم يفصل
بين حال وجود الخلوة وعدمها فمن اوجب كل المفروض فقد خالف النص
وقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النسا ما لم تمسوهن او تفرضوا
لهن فريضة اي ولم تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن اوجب المتعة
في نكاح لا تسمية فيه مطلقا من غير فصل بين حال وجود الخلوة
وعدمها فمن اوجب كل المفروض فقد خالف النص وقوله تعالى لا
جناح عليكم ان طلقتم النسا ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة
وقوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا نكحتم المومنات ثم طلقتموهن
من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن فدلت
الاية على نفي وجوب العدة ووجوب المتعة قبل الدخول من غير
فصل ولان تاكد المهر يتوقف على استيفا المستحق بالعقد وهو
منافع البضع واستيفاوها بالوطي ولم يوجد ولا ضرورة لها في التوقف
لان الزوج لا يخلوا اما ان يستوفي او يطلق فان استوفى يتاكد
حقا وان طلق يفوت عليها نصف المهر لكن بعوض هو خير لها الا
ان المعقود عليها عليه يعود اليها سليما مع سلامة نصف المهر لها
بخلاف الاجارة انه يتاكد الاجرة فيها بنفس التخلية ولا يتوقف
التاكد على استيفا المنافع لان في التوقف هناك ضررا بالاجر
لان الاجارة مدة معلومة فمن الجايز ان يمتنع المستاجر من استيفا
المنافع مدة الاجارة بعد التخلية فلو توقف تاكد الاجارة على
حقيقة الاستيفا وربما لا يستوفي لفات المنافع عليه مجانا بلا
عوض فيتضرر به الاجر فاقيم التمكن من الانتفاع مقام استيفا
المنفعة دفعا للضرر عن الاجر وههنا لا ضرر في التوقف على ما
بينا فيوقف التاكد على حقيقة الاستيفا ولم يوجد فلا يتاكد
ولنا قوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج واتيتم

احداهن قنطارا فلا تاخذوا منه شيئا اتاخذونه بهتانا واثما مبينا وكيف تاخذونه
وقد افضى بعضكم الى بعض نهى الزوج عن اخذ شي مما ساق اليها من المهر عند الطلاق
وابان عن معنى النهي بوجود الخلوه كذا قال الفرا الافضا هو الخلوه دخل بها
او لم يدخل وماخذ اللفظ دليل على ان المراد منه الخلوه الصحيحه لان الافضا
ماخوذ من الفضا من الارض وهو الموضع الذي لا بنا فيه ولا حاجز يمنع من
ادراك ما فيه فكان المراد منه الخلوه على هذا الوجه وهي التي لا حائل فيها
ولا مانع من الاستمتاع عملا بمقتضى اللفظ فظاهر النص يقتضي ان لا
يسقط شي منه بالطلاق الا ان سقوط النصف بالطلاق قبل الدخول
وقبل الخلوه في نكاح فيه تسميه واقامة المتعه مقام نصف مهر المثل
في نكاح لا تسميه فيه ثبت بدليل اخر فبقي حال ما بعد الخلوه على ظاهر النص
وروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من كشف خمار امراته
ونظر اليها وجب الصداق دخل بها او لم يدخل وهذا نص في الباب فلها الصداق
كاملا وعليها العده دخل بها او لم يدخل **وحكى** الطحاوي في هذه المسئله
اجماع الصحابه من الخلفا الراشدين وغيرهم ولان المهر قد وجب بنفس العقد
اما في نكاح فيه تسميه فلا شك فيه واما في نكاح لا تسميه فيه لما ذكرنا في مسئلة
المفوضه الا ان الوجوب بنفس العقد ثبت موسعا ويتضيق عند المطالبه والدين
المضيق واجب القضا **قال** النبي صلى الله عليه وسلم الدين مقضي ولان
البدل متى صار ملكها بنفس العقد فالملك الثابت للانسان لا يجوز ان
يزول الا بازالة المالك او بعجزه عن الانتفاع بالمملوك حقيقه اما لمعنى
يرجع الى المالك او لمعنى يرجع الى المحل ولم يوجد شي من ذلك فلا يزول الا
عند الطلاق قبل الدخول وقبل الخلوه سقط النصف باسقاط الشرع غير
معقول المعنى لا بالطلاق لان الطلاق فعل الزوج والمهر ملكها والانسان
لا يملك اسقاط حق الغير عن نفسه ولانها سلمت المبدل الى زوجها فيجب
على زوجها تسليم العين مقام تسليم المنفعه كما في الاجاره وقد وجد
تسليم المحل البدل اليها كما في البيع والاجاره **والدليل** على انها سلمت
المبدل ان المبدل هو ما يستوفى بالوطي وهو المنافع الا ان المنافع قبل الاستيفا
معدومه فلا يتصور تسليمها لكن لها محل موجود وهو العين وانها مقصود
التسليم حقيقه فيقام تسليم العين مقام تسليم العين كما في الاجاره وقد
وجد تسليم المحل لان التسليم هو جعل الشي سالما للمسلم اليه وذلك يرفع
الموانع وقد وجد لان الكلام في الصحيحه وهي عباره عن التمكن من الانتفاع
فلا يتحقق التمكن الا بعد ارتفاع الموانع كلها فثبت انه وجد منها تسليم المبدل
فيجب على الزوج تسليم البدل لان هذا عقد معاوضه وهو يقتضي تسليما بازا
تسليم كما يقتضي ملكا بازا ملك تحقيقا لحكم المعاوضه كما في البيع والاجاره

واما الايه فقد قال بعض اهل التاويل ان المراد من المسيس هو الخلوه
فلا يكون حجه على ان فيها ايجاب نصف المفروض لا اسقاط النصف الباقي الا
ترى ان من كان في يده عبد فقال نصف هذا العبد لفلان لا يكون ذلك
نفيا للنصف الباقي فكان حكم النصف الباقي مسكوتا عنه فيتوقف على قيام
الدليل وقد قام الدليل على البقا وهو ما ذكرنا فيبقى واما قوله التاكد
انما يثبت باستيفا الحق ممنوع بل كما يثبت باستيفا الحق ممنوع بل كما يثبت باستيفا
المستحق كما في الاجاره وتسليمه بتسليم محله وقد حصل ذلك بالخلوه الصحيحه
على ما بينا ثم تفسير الخلوه الصحيحه هو ان لا يكون هناك مانع من الوطي
لا حقيقي ولا شرعي ولا طبعي اما المانع الحقيقي فهو ان يكون احدهما
مريضا مرضا يمنع الجماع او كانت المراه رتقا او قرنا لان الرتق
والقرن يمنعان من الوطي ويصح خلوة الزوج عنينا او خصيا
لان العنه والخصا لا يمنعان من الوطي وكانت خلوتهما كخلوة غيرهما
وتصح خلوة المجبوب في قول ابي حنيفه رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله لا يصح **وجه قولهما** ان الجب يمنع من الوطي فيمنع
صحة الخلوه كالقرن والرتق ولابي حنيفه رحمه الله انه يتصور منه
السحق والايلاد بهذا الطريق الا ترى انه لو جات امراته
بولد ثبت النسب منه بالاجماع واستحقت كمال المهر ان طلقها وان لم
يوجد منه الوطي المطلق فيتصور في حقه ارتفاع المانع من وطي مثله
فتصح خلوته وعليها العده اما عنده فلا يشكل لان الخلوه اذا صحت
اقيمت مقام الوطي في حق تاكد المهر ففي حق العده اولى لانه يحتاط في
ايجابها واما عندهما فقد ذكر الكرخي ان عليها العده عندهما ايضا
وقال ابو يوسف ان كان المجبوب ينزل فعليها العده لان المجبوب قد
يقذف بالما فيصل الى الرحم ويثبت نسب ولده فتجب العده احتياطا
فان جات ما بينها وبين سنتين لزمه ووجب جميع الصداق لان الحكم
بثبات النسب يكون حكما بالدخول فيتاكد المهر على قولهما ايضا وان
كان لا ينزل فلا عده عليها فان جات بولد لاقل من ستة اشهر ثبت نسبه
والا فلا يثبت كالمطلقه قبل الدخول وكالمعتده اذا اقرت بانقضا
العده واما المانع الشرعي فهو ان يكون احدهما صائما صوم رمضان
او محرما بحجه فريضه او نفل او بعمره او تكون المراه حائضا او نفسا
لان كل ذلك محرم للوطي فكان مانعا من الوطي شرعا والحيض
والنفاس يمنعان منه طبعا ايضا لانهما اذى والطبع السليم ينفر
عن استعمال الاذى واما في غير صوم رمضان فقد روى بشر عن
ابي يوسف رحمه الله انه قال ان صوم التطوع وقضا رمضان والكفارات

وارادة ولا يمنع صحة الخلوة وذكر الحاكم الجليل في مختصره ان نفل الصوم كفرضه قضاء في المسئلة روايتين **وجه رواية المختصر** ان صوم التطوع يحرم الفطر من غير عذر وقضاء كالحج التطوع وذا يمنع صحة الخلوة كذا هذا **وجه رواية بشر** ان صوم غير رمضان مضمون بالقضاء لا غير فلم يكن قويا في معنى المنع بخلاف صوم رمضان فانه يجب فيه القضاء والكفارة فكذا الحج التطوع فقوي المانع **ووجه اخر** من الفرق بين صوم التطوع وبين صوم رمضان ان تحريم الفطر في صوم التطوع من غير عذر غير مقطوع به لكنه محل الاجتهاد وكذا لزوم القضاء بالافطار فلم يكن مانعا بيقين وحرمة الافطار في صوم رمضان من غير عذر مقطوع به لكنه محل الاجتهاد وكذا لزوم القضاء بالافطار فلم يكن مانعا بيقين وحرمة الافطار في صوم رمضان من غير عذر مقطوع بها فكان مانعا بيقين واما المانع الطبعي فهو ان يكون معهما ثالث لان الانسان يكره ان يجامع امراته بحضرة ثالث ويستحيي فينقبض عن الوطي بمشهد منه وسوا كان الثالث بصيرا او اعمى يقظانا او نائما بالغا او صبيا بعد ان كان عاقلا رجلا او امراة اجنبية او منكوحة لان الاعمى ان كان لا يبصر فيحس والنائم يحتمل ان يستيقظ ساعة فساعة فينقبض الانسان عن الوطي بحضوره والصبي العاقل بمنزلة الرجل يحتشم الانسان فيه كما يحتشم الرجل واذا لم يكن عاقلا فهو ملحق بالبهايم لا يمنع الانسان عن الوطي لمكانه ولا يلتفت اليه والانسان يحتشم من المراة الاجنبية ويستحيي وكذا لا يحل له النظر اليهما فينقبضان لمكانها واذا كان هناك منكوحة له اخرى او تزوج امراتين فخلا بهما فلا يحل لها النظر اليهما فينقبض عنها وقد قالوا انه لا يحل للرجل ان يجامع امراته بمشهد امراة اخرى ولو كان الثالث جارية له اخرى فقد روي ان محمدا رحمه الله كان يقول اولا تصح خلوته ثم رجع وقال لا تصح **وجه** قوله الاول ان الامة ليست لها حرمة الحرة فلا يحتشم المولى عنها وكذا يجوز لها النظر اليه فلا يمنعه عن الوطي **وجه قوله الاخير** ان الامة ان كانت يجوز لها النظر اليها فتنقبض المراة كذلك وكذلك قالوا لا يحل له الوطي بمشهد منها كما لا يحل بمشهد امراته الاخرى ولا خلوة في المسجد والطريق والصحراء وعلى سطح لا حجاب عليه لان المسجد يجمع الناس للصلاة ولا يؤمن من الدخول عليه ساعة فساعة وكذا الوطي في المسجد حرام **قال الله تعالى** ولا تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد والطريق ممر الناس لا تخلو عنهم عادة وذلك يوجب الانقباض فيمنع الوطي وكذا الصحراء والسطح من غير

حجاب لان الانسان ينقبض عن الوطي في مثله لاحتمال ان يحصل هناك ثالث او ينظر اليه احد معلوم ذلك بالعادة ولو خلا بها في محملة او قبة فارخى الستر عليه فهو خلوة صحيحة لان ذلك في معنى البيت ولا خلوة في النكاح الفاسد لان الوطي فيه حرام فكان المانع الشرعي قائما ولان الخلوة انما يتاكد به المهر وتاكده بعد وجوبه يكون ولا يجب بالنكاح الفاسد شي فلا يتصور التاكد والله اعلم ثم في كل موضع صحت الخلوة وتاكد المهر وجبت العدة لان الخلوة الصحيحة لما اوجبت كمال المهر فلان يوجب العدة اولى لان المهر خالص حق العبد وفي العدة حق الله تعالى فيحتاط فيها وفي كل موضع فسدت الخلوة لا يجب كمال المهر وهل يجب العدة ينظر في ذلك ان كان الفساد لمانع حقيقي لا يجب لانه لا يتصور الوطي مع وجود المانع الحقيقي منه وان كان المانع شرعيا او طبعيا يجب لان هناك الوطي مع وجود هذا النوع من المانع ممكن فيتهمان في الوطي فيجب العدة عند الطلاق احتياطا والله الموفق **واما** التاكد بموت احد الزوجين **فنقول** لا خلاف في ان احد الزوجين اذا مات حتف انفه قبل الدخول في نكاح فيه تسمية انه يتاكد المسمى سوا كانت المراة حرة او امة لان المهر كان واجبا بالعقد لم ينفسخ بالموت بل انتهى نهايته لانه عقد عقد للعمر فينتهي بحيانه عند انتهاء العمر واذا انتهى يتاكد فيما مضى ويتقرر بمنزلة الصوم يتاكد بمجي الليل فيتقرر الواجب ولان كل المهر لما وجب بنفس العقد صار دينا عليه والموت لم يعرف مسقطا للموت للدين في اصول الشرع فلا يسقط شي منه بالموت كسائر الديون وكذلك اذا قتل احدهما سوا قتله اجنبي او قتل احدهما صاحبه او قتل الزوج نفسه واما اذا قتلت المراة نفسها فان كانت حرة لا يسقط عن الزوج شي من المهر بل يتاكد الكل عندنا وعند زفر والشافعي يسقط المهر **وجه قولهما** انها بالقتل فوتت على الزوج حقه في المبدل فيسقط حقها عن البدل كما اذا ارتدت قبل الدخول او قتلت ابن زوجها او اباه **ولنا** ان القتل انما يصير تفويتا للحق عند زهوق الروح لانه انما يصير قتلا في حق المحل عنده والمهر في تلك الحالة ملك الورثة فلا يحتمل السقوط بفعلها كما اذا قتلها زوجها او اجنبي بخلاف الردة والتقبيل لان المهر وقت التقبيل والردة كان ملكها فاحتمل السقوط بفعلها كما اذا قتلها زوجها او قتل المولى امته سقط مهرها في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا يسقط بل يتاكد **وجه قولهما** ان الموت موكد للمهر وقد وجد الموت لان المقتول ميت باجله فيتاكد بالموت كما اذا قتلها اجنبي

او قتلها زوجها وكالحرة اذا قتلت نفسها ولان الموت انما اكد المهر لانه
ينتهي به النكاح والشيء اذا انتهى نهايته يتقرر وهذا المعنى موجود في القتل
لانه ينتهي به النكاح فيتقرر به المبدل وتقرر المبدل يوجب تقرر البدل
ولابي حنيفة رحمه الله ان من له البدل فوت المبدل على صاحبه وتفويت
المبدل على صاحبه يوجب سقوط البدل كالبائع اذا اتلف المبيع قبل
القبض انه يسقط الثمن لما قلنا كذا هذا ولا شك انه وجد تفويت المبدل
ممن يستحق البدل لان المستحق للبدل هو المولى فقد اخرج المبدل عن كونه
مملوكا للزوج والدليل على ان هذا يوجب سقوط البدل ان الزوج
لا يرضى بملك البدل عليه بعد فوات المبدل عن ملكه فكان ابقاء المبدل
عليه بعد زوال المبدل عن ملكه اضرارا به والاصل في الضرر ان لا
يكون فكان اقدام المولى على تفويت المبدل عن ملك الزوج والحالة
هذه اسقاطا للبدل دلالة فصار كما لو اسقطه نصا بالابراء بخلاف الحرة
اذا قتلت نفسها لانها وقت فوات المبدل لم تكن مستحقة للبدل لانتقاله
الى الورثة على ما بينا ولان الانسان لا يملك اسقاط حق غيره وههنا بخلافه
لان المهر وقت فوات المبدل على الزوج ملك المولى وحقه والانسان
يملك التصرف في ملك نفسه استيفاء واسقاطا فكان محتملا للسقوط
بتفويت المبدل دلالة كما كان محتملا للسقوط بتفويت المبدل ودلالته
بالاسقاط نصا بالابراء وهو الجواب عما اذا قتلها زوج او اجنبي لانه
لا حق للاجنبي ولا للزوج في مهرها فلا يحتمل السقوط باسقاطها ولهذا لا
يحتمل السقوط باسقاطها نصا فكيف يحتمل السقوط من طريق الدلالة والدليل
على التفرقة بين هذه الفصول ان قتل الحرة نفسها لا يتعلق به حكم من احكام
الدنيا فصار كموتها حتف انفها حتى قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله انها تغسل
وتصلى عليها كما لو ماتت حتف انفها وقتل المولى امته يتعلق به وجوب الكفارة
وقتل الاجنبي اياها يتعلق به وجوب القصاص ان كان عمدا او الدية
والكفارة ان كان خطأ فلم يكن قتلها بمنزلة الموت هذا اذا قتلها المولى
فاما اذا قتلت نفسها فعن ابي حنيفة رحمه الله فيه روايتان روى ابو يوسف
عنه انه لا مهر لها وروى محمد عنه ان لها المهر وهو قولهما **وجه الرواية**
الاولى ان قتلها نفسها بمنزلة قتل المولى اياها بدليل ان جنايتها كالجناية
في باب الضمان لانها مضمونة بمال المولى ولو قتلها المولى يسقط المهر
عنده فكذا اذا قتلت نفسها **وجه الرواية** الاخرى ان البدل حق
المولى وملكه فتفويت البدل منها لا يوجب بطلان حق المولى بخلاف
جناية المولى **والدليل** على التفرقة بين الجنايتين ان جنايتها على نفسها
هدر بدليل انه لا يتعلق بها حكم من احكام الدنيا فالتحقت بالعدم وصار

كانها ماتت حتف انفها بخلاف جناية المولى عليها فانها مضمونة بالكفارة
وهي من احكام الدنيا فكانت جنايته عليها معتبرة فلا تجعل بمنزلة الموت
والله اعلم واذا تاكد المهر باحد المعاني التي ذكرناها لا تسقط بعد ذلك
وان كانت الفرقة من قبلها لان المبدل بعد تاكده لا يحتمل السقوط الا
بالابراء كالثمن اذا تاكد بقبض المبيع واما اذا مات احد الزوجين
في نكاح لا تسمية فيه فانه يتاكد مهر المثل عند اصحابنا وهو مذهب
عبد الله بن مسعود وعن علي رضي الله عنه ان لها المتعة وبه اخذ
الشافعي رحمه الله الا انه قال متعتها ما استحقت من الميراث لا غير
احتج من قال بوجوب المتعة بقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم
النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن وقوله يا ايها
الذين امنوا اذا نكحتم المؤمنات الى قوله فمتعوهن امر بالمتعة
من غير فصل بين حال الموت وغيرها والنص وان ورد في الطلاق
لكنه يكون واردا في الموت الا ترى ان النص ورد في صريح الطلاق
ثم يثبت حكمه في الكنايات من الابانة والتسريح والتحريم ونحو ذلك
كذا ههنا **ولنا** ما روينا عن معقل بن سنان ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق وقد
مات عنها زوجها قبل ان يدخل بها بمهر المثل ولان المعنى الذي
له وجب كل المسمى بعد موت احد الزوجين في نكاح فيه تسمية
موجود في نكاح لا تسمية فيه وهو ما ذكرنا فيما تقدم ولا حجة
له في الاية لان فيها ايجاب المتعة كما في الطلاق في الموت فمن ادعى الحاق
الموت بالطلاق فلا بد له من دليل اخر واما بيان ما يسقط به كل المهر
فالمهر يسقط باسباب اربعة منها الفرقة بغير طلاق قبل الدخول
وقبل الخلوة يسقط جميع المهر سواء من قبل المرأة او من قبل الرجل
وانما كان الفرقة بغير طلاق قبل الدخول وقبل الخلوة كذلك لان
الفرقة بغير طلاق تكون فسخا للعقد وفسخ العقد قبل الدخول
يوجب سقوط كل المهر لان فسخ العقد رفعه من الاصل وجعله
كان لم يكن وسنبين الفرقة التي تكون بغير طلاق والتي تكون
بغير طلاق في موضعها ان شاء الله تعالى **ومنها** الابراء
عن كل المهر قبل الدخول وبعده اذا كان المهر دينا لان الابراء اسقاط
والاسقاط ممن هو اهل الاسقاط في محل قابل للسقوط يوجب
السقوط **ومنها** الخلع على المهر قبل الدخول وبعده ثم ان كان المهر
غير مقبوض سقط عن الزوج وان كان مقبوضا ردته على الزوج وان
خالعها على مال سوى المهر يلزمها ذلك المال ويبرأ الزوج عن كل حق

وجب لها عليه بالنكاح كالمهر والنفقة الماضية في قول ابي حنيفة لان الخلع
وان كان طلاق بعوض عندنا لكن فيه معنى البراءة لما نذكره في مسئلة
المخالعة والمباراة في كتاب الطلاق في بيان حكم الخلع وعمله ان شا
الله تعالى **ومنها** هبة كل المهر قبل القبض عينا وهو ان يكون
معينا مشار اليه كان او دينا وبعده ان كان عينا **وجملة الكلام** في هبة
المهر ان المهر لا يخلوا اما ان يكون عينا وهو ان يكون معينا مشار اليه
مما يصح تعيينه واما ان يكون في الذمة كالدراهم والدنانير معينة
كانت او غير معينة والمكيلات والموزونات في الذمة والحيوان
في الذمة كالعبد والفرس والعرض في الذمة كالثوب المهروي
والحال لا يخلوا اما ان يكون قبل القبض واما ان يكون بعد القبض
وهبت كل المهر او بعضه فان وهبت كل المهر قبل القبض ثم طلقها
قبل الدخول بها فلا شيء له عليها سوا كان المهر عينا او دينا في قول
اصحابنا الثلاثة رحمهم الله تعالى وقال زفر رحمه الله يرجع عليها
بنصف المهر ان كان دينا وبه اخذ الشافعي **وجه قول زفر** رحمه الله
انها بالهبة تصرفت بالمهر في الاسقاط واسقاط الدين استهلاكه
والاستهلاك يتضمن القبض فصار كانها قبضت ثم وهبت
ولنا ان الذي يستحقه الزوج بالطلاق قبل القبض عاد اليه
من جهتها بسبب لا يوجب الضمان لانه يستحق نصف المهر وقد عاد اليه
بالهبة والهبة لا توجب الضمان فلا يكون له الرجوع عليها بالنصف
كالنصف الاخر وان وهبت بعد القبض فان كان الموهوب
عينا فقبضته ثم وهبته منه لم يرجع عليها بشيء لان ما يستحقه
بالطلاق قبل الدخول وهو نصف الموهوب بعينه وقد رجع
اليه بعقد لا يوجب الضمان فلم يكن له الرجوع عليها وان
كان دينا في الذمة فان كان حيوانا او عرضا فكذلك لا يرجع
عليها بشيء لان الذي يستحقه بالطلاق قبل الدخول نصف
ذلك الشيء بعينه من العقد فصار كانه تعين فقبضته ثم
فقبضته منه وهبته منه ثم طلقها بالعقد وان كان دراهم
او دنانير معينة او غير معينة او مكيلا او موزونا سوى الدراهم
والدنانير فقبضته ثم وهبته منه ثم طلقها يرجع عليها بمثل
نصفه لان المستحق بالطلاق ليس هو الذي وهبته بعينه بل
مثله بدليل انها كانت مخيرة في الدفع ان شاءت دفعت ذلك بعينه
وان شاءت دفعت مثله كما كان الزوج مخيرا في الدفع اليها بالعقد
فلم يكن العائد اليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول

وصار

فصار كانها وهبت مالا اخر ولو كان كذلك لرجع عليها بمثل نصف
الصداق كذا هذا وقال زفر رحمه الله في الدراهم والدنانير اذا كانت
معينة فقبضتها ثم وهبتها ثم طلقها انه لا رجوع للزوج عليها بشيء
بنا على ان الدراهم والدنانير عنده تتعين بالفسخ ايضا كالعروض
وعندنا لا تتعين بالعقد فلا تتعين بالفسخ والمسئلة مرت في
كتاب البيوع وكذلك اذا كان المهر دينا فقبضت الكل ثم وهبت
البعض فللزوج ان يرجع عليها بنصف المقبوض ثم وهبت النصف
الباقي او وهبت الكل ثم طلقها قبل الدخول بها قال ابو حنيفة
رحمه الله لا يرجع الزوج عليها بشيء وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما
الله يرجع عليها بربع المهر **وجه قولهما** ان المستحق للزوج
بالطلاق قبل الطلاق فيحصل قبل الدخول نصف المهر فاذا قبضت النصف
دون النصف مشاعا فيما في ذمته قصاصا بما له عليها فاذا
وهبت بقي حقه في نصف ما في يدها وهو الربع فيرجع عليها بذلك
ولابي حنيفة رحمه الله ان الذي يستحقه الزوج بالطلاق قبل
الدخول ما في ذمته بدليل انها لو لم تكن وهبت وطلقها لم
يرجع عليها بشيء وقد عاد اليه ما كان في ذمته بسبب لا يوجب
الضمان وهو الهبة فلا يكون له الرجوع بشيء ولو كان المهر
جارية فولدت بعد القبض او جني عليها فوجب الارش او كان
شجرا فاثمر او دخله عيب ثم وهبته منه ثم طلقها قبل الدخول
او جني عليها فوجب الارش او كان شجرا فاثمر او دخله عيب
ثم وهبته منه ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بنصف القيمة
لان حق الزوج ينقطع عن الزوج العين لحدوث العوارض بدليل
انه لا يجوز له اخذها مع الزيادة واذا كان حقه منقطعا عنها لم
يعد اليه بالهبة ما استحقه بالطلاق فكان له قيمتها واذا حدث
به عيب فالحق وان كان ينقطع عن العين به لكن يجوز له تركه
مع العيب فلم يكن الحق منقطعا بالعين على سبيل اللزوم ولم
يكن الواصل الى الزوج عين ما يستحقه بالطلاق ولو كانت
الزيادة في بدنها فوهبتها ثم طلقها كان له ان يضمنها في
قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد بنا على ان
الزيادة المتصلة تمنع التنصيف عندهما وعنده لا تمنع فان
باعته المراة او وهبته على عوض ثم طلقها رجع عليها بنصفها فيما
له مثل وبنصف القيمة فيما لا مثل له لان المهر عاد الى الزوج بسبب
يتعلق به الضمان فوجب له الرجوع واذا ثبت له الرجوع ضمنها كما لو

تتعين

باعته من اجنبي ثم اشتراه الزوج من الاجنبي ثم ان كانت باعته قبل
القبض فعليها نصف القيمة يوم القبض لانه دخل في ضمانها بالقبض والله
اعلم واما بيان ما يسقط به نصف المهر فما يسقط به نصف المهر نوعان
نوع يسقط به نصف المهر صورة ومعنى ونوع يسقط به نصف المهر
معنى والكل صورة اما النوع الاول فهو الطلاق قبل الدخول
في نكاح فيه تسمية المهر والمهر دين لم يقبض بعد وجملة الكلام
فيه ان الطلاق قبل الدخول في نكاح فيه تسمية قد يسقط
به عن الزوج نصف المهر وقد يعود اليه النصف وقد يكون له
بدل مثل النصف صورة ومعنى او معنى لا صورة وبيان هذه
الجملة ان المهر المسمى اما ان يكون دينا واما ان يكون عينا وكل
ذلك لا يخلو اما ان يكون مقبوضا واما ان يكون غير مقبوض فان
كان دينا لم يقبضه حتى طلقها قبل الدخول بها سقط نصف المسمى
بالطلاق وبقي النصف هذا طريق عامة المشايخ وقال بعضهم ان
الطلاق يسقط جميع المسمى وانما يجب نصف اخر ابتداء على طريق
المتعة لا بالعقد الا ان هذه المتعة مقدرة بنصف المسمى والمتعة
في الطلاق قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه غير مقدرة بنصف
مهر المثل والى هذا الطريق ذهب الكرخي والرازي وكذا روي
عن ابراهيم النخعي انه قال في الذي طلق قبل الدخول وقد
سمى لها ان لها نصف المهر وذلك متعتها **واحتجوا** بقوله تعالى
يا ايها الذين امنوا اذا نكحتم المومنات ثم طلقتموهن من قبل
ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن اوجب
المتعة في الطلاق قبل الدخول من غير فصل بينما اذا كان في النكاح
تسمية او لم تكن الا ان هذه المتعة قدرت بنصف المسمى بدليل اخر
وهو قوله تعالى فنصف ما فرضتم ولان النكاح انفسخ بالطلاق قبل
الدخول لان المعقود عليه عاد سليما الى المراة وسلامة المبدل
لاحد العاقدين يقتضي سلامة البدل للاخر كما في الاقالة في باب
البيع قبل القبض وهذا لان البدل اذا عاد سليما الى المراة فلو لم
يسلم البدل للزوج لاجتمع البدل والمبدل في ملك واحد في عقد
المعاوضة وهذا لا يجوز ولهذا المعنى سقط الثمن عن المشتري
بالاقالة قبل القبض كذا المهر **و**لعامة المشايخ قوله تعالى وان
طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف
ما فرضتم اوجب نصف المفروض فالايجاب بنصف اخر على طريق المتعة
ايجاب لما ليس بمفروض وهذا خلاف النص ولان الطلاق تصرف

في الملك بالابطال وضعا لانه موضوع لرفع العقد وهو الملك
فكان تصرفا في الملك ثم اذا بطل الملك لا يبقى النكاح في المستقبل
وينتهي لعدم قابلية البقا ويتقرر فيما مضى بمنزلة الاعتاق
لانه اسقاط الملك فيكون تصرفا في الملك ثم السبب ينتهي في
المستقبل لعدم قابلية البقا ويتقرر فيما مضى كذا الطلاق فينبغي
ان لا يسقط شي من المهر كما لا يسقط بالموت الا ان سقوط النصف
ثبت بدليل ولان المهر يجب باحداث ملك المتعة جبرا للذل بالعقد
المتمكن وبالطلاق لا يتبين ان الملك لم يكن الا انه سقط بالنص
واما النص فقد قيل انه منسوخ بالنص الذي في سورة البقرة
وهو قوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الايه ويحمل
الامر بالمتعة على الندب والاستحباب او يحمل على الطلاق في نكاح
لا تسمية فيه عملا بالدلايل وقولهم الطلاق لفظ فسخ النكاح ممنوع
بل هو تصرف في الملك بالقطع والابطال فيظهر اثره في المستقبل
كالاعتاق وبه تبين ان المعقود عليه ما عاد الى المراة لان
المعقود عليه هو ملك المتعة وانه لا يعود الى المراة بل يبطل
ملك الزوج عن المتعة بالطلاق ويصير لها في المستقبل لا ان
يعود او يقال ان الطلاق قبل الدخول يشبه الفسخ لما قلنا او
يشبه الابطال لما قلنا وشبه الفسخ يقتضي سقوط كل البدل
كما في الاقالة قبل القبض وشبه الابطال يقتضي ان لا يسقط شي من
البدل كما في الاعتاق قبل القبض فيتنصف توفير الحكم على
الشبهين عملا بهما بقدر الامكان والدليل على صحة هذا الطريق
ما ظهر القول من اصحابنا فيمن تزوج امراة على خمس من الابل
السايمة وسلمها الى المراة فحال عليها الحول ثم طلقها قبل الدخول
بها انه يسقط عنها نصف الزكاة ولو سقط المسمى كله ثم وجب
نصف بسبب اخر يسقط كل الزكاة ولان القول بسقوط كل المهر
ثم بوجوب نصفه غير مفيد والشرع لا يرد بما لا فايدة فيه والله
الموفق ولو شرط مع المسمى الذي هو مال ما ليس بمال بان كان
تزوجها على الف درهم وعلى ان تطلق امراته الاخرى او على ان لا
يخرجها من بلدها ثم طلقها قبل الدخول بها فلها نصف المسمى وسقط
الشرط لان هذا شرط اذا لم يقع الوفا به يجب تمام مهر المثل ومهر
المثل لا يثبت في الطلاق قبل الدخول فسقط اعتباره فلم يبق الا
المسمى فيتنصف وكذلك ان شرط مع المسمى شيا مجهولا كما اذا تزوجها
على الف درهم وكرامتها وعلى الف درهم وكرامتها او على الف درهم

وان تهدي اليها هديه ثم طلقها قبل الدخول بها فلها نصف المسمى ٥
لانه اذا لم يف بالكرامه والهديه يجب تمام مهر المثل ومهر المثل لا مدخل
له في الطلاق قبل الدخول فسقط اعتبار هذا الشرط وكذلك لو تزوجها
على الف او على الفين حتى وجب مهر المثل في قول ابي حنيفه رحمه الله
وفي قولهما الاقل ثم طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الالف ٥
بالاجماع اما عند ابي حنيفه رحمه الله فلان الواجب هو الاقل ٥
فيتنصف وكذلك لو تزوجها على الف ان لم يكن له امراه وعلى الفين
ان كانت له امراه حتى فسد الشرط الثاني عند ابي حنيفه رحمه الله
فطلقها قبل الدخول بها فلها نصف الاقل لما قلنا وعندهما الشرطا
جايزان فايهما وجد فلها نصف ذلك بالطلاق قبل الدخول ولو تزوجها
على اقل من عشره ثم طلقها قبل الدخول بها فلها نصف المسمى ٥
وتمام خمسه دراهم لان تسميه ما دون العشره تسميه للعشره
عندنا فكان تزوجها على ذلك الشي وتمام عشره وان كان قد
قبضته فان كان دراهم او دنانير معينه او كان مكيلا او موزونا
في الذمه فقبضته وهو قايم في يدها فطلقها فعليها رد مثل
نصف المقبوض وليس عليها رد عين ما قبضت لان عين المقبوض
لم يكن واجبا بالعقد واما على قول زفر رحمه الله فالدراهم ٥
والدنانير تتعين بالعقد فتتعين عليها بالفسخ فعليها رد نصف
عين المقبوض ان كان قايما وان كان عبدا وسطا او ثوبا وسطا
ثم طلقها قبل الدخول بها فعليها رد نصف المقبوض لان العبد
لا مثل له والاصل فيما لا مثل له ان لا يجب في الذمه الا انه
وجب الكل هنا الوسط منه في الذمه وتحملت الجهاله فيه لما ذكرنا
فيما تقدم فاذا تعين بالقبض كان ايجاب نصف العين اعدل من
ايجاب المثل او القيمه فعليها فوجب عليها رد نصف عين المقبوض
كما لو كان عينا معينا فقبضته ولا يملكه الزوج بنفس الطلاق
لما نذكر هذا اذا كان المهر دينا فقبضته او لم تقبضه حتى ورد
الطلاق قبل الدخول فاما اذا كان عينا بان كان معينا مشارا
اليه مما يحتمل التعيين كالعبد والجاريه وساير الاعيان فلا ٥
يخلو اما ان كان بحاله لم يزد ولم ينقص واما ان زاد ونقص فان
كان بحاله لم يزد ولم ينقص واما ان زاد او نقص فان كان بحاله
لم يزد ولم ينقص فان كان غير مقبوض فطلقها قبل الدخول بها
عاد الملك في النصف اليه بنفس الطلاق ولا يحتاج للعود اليه
الى الفسخ والتسليم منها حتى لو كان المهر امه فاعتقها الزوج

قبل

قبل الفسخ والتسليم ينفذ اعتاقه في نصفها بلا خلاف وان كان مقبوضا فانه
لا يعود الملك في النصف اليه بنفس الطلاق ولا يحتاج للعود اليه الى الفسخ
ولا ينفسخ ملكها في النصف حتى يفسخه الحاكم او تسلمه المراه وذكر في الزيادات
وزاد عليه الفسخ من الزوج وهو ان يقول قد فسخت هذا جواب ظاهر
الروايه وروي عن ابي يوسف انه ينفسخ ملكها في النصف بنفس الطلاق
وهو قول زفر حتى لو كان المهر امه فاعتقها قبل الفسخ والتسليم جاز
اعتاقها في جميعها ولا يجوز اعتاق الزوج فيها وعلى قول ابي يوسف لا يجوز اعتاقها
الا في النصف ويجوز اعتاق الزوج في نصفها **وجه قول ابي يوسف**
ان الموجب للعود هو الطلاق وقد وجد فيعود ملك الزوج كالبيع اذا
فسخ قبل القبض انه يعود ملك البايع بنفس الفسخ كذا هذا **وجه قولهما**
ان العقد وان انفسخ بالطلاق فقد بقي القبض بالتسليط الحاصل بالعقد
وانه من اسباب الملك عندنا فكان سبب الملك او بتسليمها لان التسليم
نقض للقبض حقيقه او بفسخ الزوج على روايه الزيادات لانه بمنزله
المقبوض بحكم عقد فاسد وكل واحد من العاقدين يستبد بفسخ من
فسخ البيع الفاسد وصار كما لو اشترى عبدا بجاريه فقبض العبد
ولم يسلم الجاريه حتى هلكت الجاريه في يده انه ينفسخ العقد في الجاريه
ويبقى الملك في العبد المقبوض الى ان يسترده فكانه مقبوض بحكم عقد
فاسد كذا هذا ولان المهر بدل ملك العقد ملكا مطلقا فلا ينفسخ
الملك فيه بفعل احد العاقدين كالثمن في باب البيع بخلاف ما قبل
القبض لان غير المقبوض ليس بمملوك ملكا مطلقا هذا اذا كان المهر
بحاله لم يزد ولم ينقص فاما اذا زاد فالزياده لا تخلو اما ان
كانت في المهر او على المهر فان كانت على المهر بان سمى الزوج لها الفا
ثم زادها بعد العقد مايه ثم طلقها قبل الدخول بها فلها
نصف الالف وبطلت الزياده في ظاهر الروايه وروي ابو يوسف
ان لها نصف الالف ونصف الزياده ايضا **وجه روايه ابي يوسف**
قوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم
لهن فريضه فنصف ما فرضتم والزياده مفروضه فيجب تنصيفها
بالطلاق قبل الدخول ولان الزياده قبل الدخول تلتحق باصل العقد
على اصل اصحابنا في الثمن في باب البيع ويجعل كان العقد ورد ٥
على الاصل والزياده جميعا فتنتصف بالطلاق قبل الدخول
كالاصل **وجه ظاهر الروايه** ان هذه الزياده لم تكن مسماه في العقد
حقيقه وما لم يكن مسمى في العقد لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول
كمهر المثل واما قوله الزياده تلتحق باصل العقد **قلنا** الزياده

على المهر لا تلحق باصل العقد لانها وجدت متاخرة عن العقد حقيقة
والحاق المتاخر عن العقد بالعقد خلاف الحقيقة لا يصار اليه الا لحاجة
والحاجة الى ذلك في باب البيع لكونه عقد مغابنة ومساومة للحال بالمال
ليتحرز عن الخسران فلا ضرورة الى تغيير الحقيقة واما النص فالمراد
منه العوض في العقد لانه هو المتعارف فينصرف المطلق اليه **والدليل**
عليه قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة وذلك
ان الزيادة ليست بفريضة وان كانت في المهر فالمهر لا يخلو اما ان يكون
في يد الزوج واما ان يكون في يد المراة فان كان في يد الزوج فالزيادة
لا تخلو اما ان كانت متصلة بالاصل واما ان كانت منفصلة عنه
والمتصلة لا تخلو من ان تكون متولدة من الاصل كالسمن والكبر
والجمال والبصر والسمع والنطق كانجلاء بياض العين وزوال الخرس
والصمم والشجر اذا اثمر والارض اذا زرعت او غير متولدة منه كالثوب
اذا صبغ والارض والدار اذا بني فيها بناء وكذا المنفصلة لا تخلو
اما ان كانت متولدة من الاصل كالوبر والصوف اذا جز والشعر اذا
ازيل والثمر اذا جد والزرع اذا حصد وكان في حكم المتولد منه كالارش
والعقر واما ان كانت غير متولدة ولا في حكم المتولد كالهبة والكسب
فان كانت الزيادة متولدة من الاصل او في حكم المتولد فهي مهر
سوا كانت متصلة بالاصل او منفصلة عنه حتى لو طلقها قبل الدخول
بها يتنصف الاصل والزيادة بالاجماع لان الزيادة تابعة للاصل
لكونها نماء الاصل والارش بدل جزء هو مهر فيقوم مقامه والعقر
بدل ما هو في حكم الجزء فكان بمنزلة المتولد من المهر فكان مهرا فكانت
محلا للفسخ وان كانت غير متولدة من الاصل فان كانت متصلة بالاصل
او منفصلة عنه حتى لو طلقها قبل الدخول بها يتنصف الاصل والزيادة
بالاجماع لان الزيادة فانها تمنع التنصيف وعليها نصف قيمة الاصل
لان هذه الزيادة ليست بمهر مقصودا ولا تبعا لانها لم تتولد من المهر
فلا تتنصف ولا يمكن تنصيف الاصل بدون تنصيف الزيادة فامتنع
منها التنصيف فيجب عليها نصف قيمة الاصل يوم الزيادة لانها
بالزيادة صارت قابضة للاصل فتعتبر قيمته يوم حكم بالقبض وان
كانت منفصلة عن الاصل فالزيادة ليست بمهر وهي كلها للمراة في قول
ابي حنيفة رحمه الله ولا تتنصف وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
هي مهر وتتنصف مع الاصل **ووجه قولهما** ان هذه الزيادة تملك
بملك الاصل فكانت تابعة للاصل فتتنصف مع الاصل كالزيادة
المتصلة والمنفصلة المتولدة من الاصل كالسمن والولد ولابي حنيفة

[illegible]

رحمه الله ان هذه الزيادة ليست بمهر لا مقصودا وكذا هي غير مقصودة بملك
الجارية لانه لا يقصد بتمليك الجارية الحصة لها واما تبعا فلانها ليست
متولدة من الاصل فدل انها ليست بمهر لا قصدا ولا تبعا وانما هي مال
المراة فاشبهت ساير اموالها بخلاف الزيادة المتصلة المتولدة والمنفصلة
المتولدة لانها نماء المهر فاشبهت فكانت جزءا من اجزايه فيتنصف كما
يتنصف الاصل ولو اجر الزوج المهر بغير اذن المراة فالاجرة له
لان المنافع ليست باموال متقومة بانفسها عندنا وانما تاخذه
حكم المالية والتقويم بالعقد والعقد صدر من الزوج فكانت الاجرة
له كالغاصب اذا اجر المغصوب ويتصدق بالاجر لانها مال حصل
بسبب محظور وهو التصرف في ملك الغير بغير اذنه فيتمكن فيه الخبث
فكان سبيله التصدق به **هذا** اذا كان المهر في يد الزوج
فحدثت فيه الزيادة فاما اذا كان في يد المراة اي قبل الفرقة فان
كانت الزيادة متصلة متولدة من الاصل فانها لا تمنع التنصيف
في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وللزوج عليها نصف القيمة
يوم سلمه اليها وقال محمد رحمه الله لا تمنع ويتنصف الاصل مع الزيادة
واحتج بقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم
لهن فريضة فنصف ما فرضتم جعل في الطلاق قبل الدخول في نكاح فيه فرض نصيف
المفروض ولا يمكن تنصيفه الا بتنصيف الزيادة فيجب تنصيف الزيادة
ضرورة تحقيقا للنص ولان هذه الزيادة تابعة للاصل من كل
وجه لانها قائمة والاصل مهر فكذا الزيادة بخلاف الزيادة المنفصلة
المتولدة من الاصل لانها ليست تابعة محضة لان الولد بالانفصال
صار اصلا بنفسه فلم يكن مهرا او بخلاف الزيادة المتصلة في الهبة
انها تمنع من الرجوع والاسترداد لان حق الرجوع في الهبة ليس
بثابت بيقين لكونه محل الاجتهاد فلا يمكن الحاق الزيادة بحالة
العقد فتعذر ايراد الفسخ عليها **ووجه قولهما** ان هذه الزيادة
لم تكن موجودة عند العقد ولا عند ما له شبهة بالعقد وهو القبض
فلا يكون لها حكم المهر فلا يمكن فسخ العقد فيها بالطلاق قبل الدخول
لان الفسخ انما يرد على ما ورد عليه العقد والعقد لم يرد عليه
اصلا فلا يرد عليه الفسخ كالزيادة المنفصلة المتولدة
من الاصل لانه لو نقض العقد فاما ان يرد نصف الاصل مع نصف
الزيادة او بدون الزيادة لا سبيل الى الثاني لانه لا يتصور
الاصل بدون رد الزيادة المتصلة ولا سبيل الى الاول لانه يؤدي
الى الربا لانها اذا لم تكن محلا للفسخ لعدم ورود العقد عليها

[illegible]

فكان اخذ الزيادة منها اخذ مال بلا عوض في عقد المعاوضة وهذا هو تفسير الربا وبحث تفسير نصف قيمة المقبوض لا نصف المقبوض لان المقبوض صار بمنزلة الهالك واما الا بنة فلا حجة له فيها لان مطلق المقبوض ينصرف الى المقبوض المتعارف وهو الاثمان دون السلع والاثمان لا تحتمل الزيادة والنقصان وعلى هذا الاختلاف في الزيادة المتصلة في البيع اذا اختلفا انما تمنع التحالف عند ابي حنيفة رحمهما الله وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد لا تمنع ولو هلكت هذه الزيادة المتصلة في البيع في يد الزوج ثم طلقها فلها نصف الاصل لان المانع من التنصيف وعليها نصف قيمة الاصل لما بينا فيما تقدم وان كانت الزيادة منفصلة متولدة من الاصل فانها تمنع التنصيف في قول اصحابنا الثلاثة وعليها رد نصف قيمة الاصل الى الزوج وقال زفر لا تمنع وينتصف الاصل مع الزيادة وان كانت متصلة غير متولدة من الاصل كالزيادة الحادثة قبل القبض

ولنا ان هذه الزيادة لم تكن عند العقد ولا عند القبض فلم يكن مهرا والفسخ انما يرد على ماله حكم المهر فلا ينتصف ويبقى على ملك المراة كما كانت قبل الطلاق ولا يمكن تنصيف الاصل بدون الزيادة وهو رد نصف الجارية بدون الولد لانه يصير لها فضل اصل فسخ العقد فيه مما لم يكن لها ذلك الاصل الا بدل من غير بدل وذلك نصف الربا او انه حرام فاذا تعذر تنصيف المقبوض كالهالك لانه في حق كونه محجوزا التسليم الى الزوج بمنزلة الهالك فيجب نصف القيمة ليزول معنى الربا والله اعلم وكذلك لو ارتدت او قبلت ابن زوجها قبل الدخول بها بعد ما حدث الزيادة في يد المراة فذلك كله لها وعليها رد قيمة الاصل يوم قبضت كذا ذكر ابو يوسف في الاصل وهو قول محمد رحمه الله وروي عن ابي يوسف انها ترد الاصل والزيادة ففرق بين الرده والتقبيل وبين الطلاق فقال في الطلاق ترد نصف قيمة الاصل وفي الرده والتقبيل ترد الاصل والزيادة جميعا **ووجه الفرق** ان الرده والتقبيل فسخ العقد من الاصل وجعل اياه كان لم يكن فصار كمن باع عبدا بجارية وقبض الجارية ولم يدفع العبد حتى ولدت ثم مات العبد قبل ان يدفعه انه ياخذ الجارية وولدها لانفساخ العقد من الاصل بموت العبد في يد بايعه كذا هذا بخلاف الطلاق فانه اطلاق وحل العقد وليس بفسخ فينحل ويطلق او يرتفع من حين الطلاق لا من الاصل **وجه ظاهر الرواية** ان المعقود عليه في الفصلين اعني الطلاق والرده نفوذ سلما

الى المراة كما كان الا ان الطلاق قبل الدخول طلاق من وجه وفسخ من وجه فاوجب عود نصف البدل عملا بالشبهين والرده والتقبيل كل واحد منهما فسخ من وجهين كل وجه فاوجب عود الكل الى الزوج هذا كله اذا حدثت الزيادة فلا يخلو اما قبل الطلاق واما اذا حدثت بعد الطلاق بان طلقها ثم حدثت الزيادة بعد القضاء بالنصف للزوج بنفس الطلاق وصار بينهما نصفين فالزيادة حدثت على ملكهما فتكون بينهما وان حدثت بعد القبض فان كان بعد القضاء فالنصف للزوج فكذلك الجواب لانه لما قضى به فقد عاد نصف المهر الى الزوج فقد حصلت الزيادة على الملكين فكانت بينهما وان كان قبل القضاء بالنصف للزوج فالمهر في يدها كالمقبوض بعقد فاسد لان الملك قد كان لها وقد فسد ملكها في النصف بالطلاق حتى لو كان المهر عبدا فاعتقته بعد الطلاق قبل القضاء بالنصف للزوج جاز اعتاقها ولو اعتقه الزوج وان قضى القاضي له بعد ذلك كالبايع اذا اعتق العبد المبيع بيعا فاسدا انه ينفذ عتقه وان رد عليه بعد ذلك كذا ههنا هذا الذي ذكرنا حكم الزيادة واما حكم النقصان لحدوث النقصان في المهر لا يخلو اما ان يكون في يد الزوج واما ان يكون في يد المراة فان كان في يد الزوج فلا يخلو من خمسة اوجه **اما** ان يكون بفعل الاجنبي **واما** ان يكون بافة سماوية **واما** ان يكون بفعل الزوج **واما** ان يكون بفعل المهر **واما** ان يكون بفعل المراة وكل ذلك لا يخلو اما ان يكون قبل قبض المهر او بعده والنقصان فاحش او غير فاحش فان كان النقصان بفعل اجنبي وهو فاحش قبل القبض والمراة بالخيار ان شاءت اخذت العبد الناقص واتبعت الجاني بالارش وان شاءت تركت واخذت من الزوج قيمة العبد يوم العقد ثم يرجع الزوج على الاجنبي بضمان النقصان وهو الارش اما ثبوت الخيار فلان المعقود عليه وهو المهر قد تغير قبل القبض فوجب الخيار كتغير المبيع قبل القبض فان اختارت اخذ العبد اتبعت الجاني بالارش لان الجناية حصلت على ملكها وان اختارت اخذ القيمة لان الجناية حصلت على ملكها وان اختارت اخذ القيمة اتبع الزوج الجاني بالارش لانه ملكه بالتعين باداء الضمان فقام مقام المراة فكان الارش له وليس لها ان تاخذ العبد ناقصا وتضمن الزوج الارش لانها لما اختارت فقد ابرات الزوج من ضمانه وان كان النقصان بافة سماوية والمراة بالخيار ان شاءت اخذت ناقصا ولا شيء لها غير ذلك وان شاءت تركته واخذت قيمته يوم

يوم العقد لان المهر مضمون على الزوج بالعقد والاوصاف لا تضمن بالعقد
العدم ورود العقد عليها موصوفا فلا يظهر الضمان في حقها وانما يظهر
في حق الاصل لورود العقد عليه وانما يثبت لها الخيار لتعين المعقود
عليه وهو الخيار المهر عما كان وهذا يثبت الخيار كالمبيع اذا انتقص
في يد البايع انه يتخير المشتري فيه كذا هذا وان كان النقصان
بفعل الزوج ذكر في ظاهر الرواية فرق بين هذا وبين البايع ه
اذا جنى على المبيع وان كان النقصان قبل القبض وروى عن
ابي حنيفة رحمه الله ان الزوج اذا جنى على المهر فهي بالخيار ان شاءت اخذته
ناقصا لا شي لها غير ذلك وان شاءت اخذت القيمة وسوى بينه ه
وبين البيع **ووجه التسوية بينهما** ان المهر مضمون على الزوج ه
بالنكاح لم يستقر ملكها فيه كالمبيع في يد البايع كذا هذا في النكاح
ووجه الفرق في ظاهر الرواية ان الاوصاف وهي الاتباع اركان
لا تضمن بالعقد فانها تضمن بالاتلاف لانها تصير مقصوده بالاتلاف
فتصير مضمونه الا ان المبيع لا يمكن جعلها مضمونه بالقيمة لانها مضمونه
بضمان اخر وهو الثمن والمحل الواحد لا يكون مضمونا بضمانين والمهر
غير مضمون على الزوج بملك النكاح لم يستقر ملكها فيه بل بالقيمة الا تري
انه لو اتلف المهر لا يبطل ملك النكاح ولكن يجب عليه قيمته فكذا اذا اتلف
الجزء ان كان النقصان بافة سماويه لان جناية الانسان على نفسه
هدر فالتحقت بالعدم فكانت كالافة السماويه في رواية حكمه
حكم جناية الزوج لان المهر مضمون في يد الضامن وهو الزوج ه
لان المهر مضمون في يد الضامن وهو الزوج وجناية المضمون في
يد الضامن لجناية الضامن كالعبد المغصوب اذا جنى على نفسه في
الغاصب وان كان النقصان بفعل المراه فقد صارت قابضه
بالجناية بمحمل كان النقصان حصل في يدها كالمشترى اذا جنى على
المبيع في يد البايع انه يصير قابضا لها كذا هذا اذا كان النقصان
فاحشا فاما اذا كان يسيرا فلا خيار لها كما اذا كان هذا العيب
به يوم العقد ثم ان كان النقصان بافة سماويه او بفعل المهر او
بفعل المراه فلا شي لها وان كان بفعل الاجنبي يتبعه بنصف النقصان
وكذا ان كان بفعل الزوج هذا اذا حدث النقصان في يد الزوج
فاما اذا حدث في يد المراه فهو ايضا لا يخلو من الاقسام التي وصفنا
فان حدث بفعل اجنبي وهو فاحش قبل الطلاق فالارش لها وان
طلقها الزوج فله نصف القيمه يوم قبضت ولا سبيل له على العين
لان الارش بمنزلة الولد فيمنع التنصيف كالولد وان كانت جنايه

الاجنبي عليه بعد الطلاق فالزوج نصف العبد وهو بالخيار في الارش ان
شاء اخذ نصفه من المراه واعتبرت القيمة يوم القبض وان شاء اتبع الجاني
واخذ منه نصفه لان حق الفسخ وعود النصف انما استقر بالطلاق وتوقف
على قضا القاضي او التراضي فصار في يدها كالمقبوض ببيع فاسد
فصار مضمونا عليها وكذلك ان حدث بفعل الزوج فجنايته كجناية ه
الاجنبي لانه جنى على ملك غيره ولا يد له فيه فصار كالاجنبي والحكم
في الاجنبي ما وصفنا وان حدث بافة سماويه قبل الطلاق فالزوج
بالخيار ان شاء اخذ نصفه ناقصا ولا شي له غير ذلك وان شاء اخذ
بنصف القيمة يوم القبض لان حقه معها عند الفسخ وان كان ذلك
بعد الطلاق فللزوج ان ياخذ نصفه ونصف الارش لما ذكرنا
انه بعد الطلاق يبقى في يدها كالمقبوض بحكم بيع فاسد ه
لان الملك لها وحق الغير في الفسخ مستقر فصار بمنزلة المقبوض
ببيع فاسد وان شاء اخذ قيمته يوم قبضت وكذلك ان حدث ه
بفعل المراه فالزوج بالخيار ان شاء اخذ نصفه ولا شي له من
الارش وان شاء اخذ نصف قيمته هذا عند اصحابنا الثلاثه وقال
زفر للزوج ان يضمنها الارش **وجه قوله** ان المهر مضمون عليها ه
بالقبض والاوصاف وهي الاتباع تضمن بالقبض ولا تضمن بالعقد
وكذلك زفر يقول في النقصان الحادث بغير فعلها لهذا المعني ه
ولنا ان المراه جنت على ملك نفسها وجناية الانسان على ملك نفسه
غير مضمونه بخلاف ما اذا احدث بفعل الزوج على الرواية المشهوره
لان الزوج جني على ملك غيره وجناية الانسان على ملك غيره مضمونه
عليه وقد خرج الجواب عما قال زفر رحمه الله لان قبضها صادف ملك
نفسها وقبض الانسان ملك نفسه لا يوجب الضمان عليه وان كان ه
ذلك بعد الطلاق فعليها نصف الارش لما ذكرنا ان حق الفسخ قد استقر
وكذلك ان حدث بفعل المهر فالزوج بالخيار على الروايتين جميعا ه
ان شاء اخذ نصفه ناقصا لانا ان جعلنا جناية المهر كالافة السماويه
لم تكن مضمونه وان جعلناها كجناية المراه لم تكن مضمونه ايضا فلم
تكن مضمونه على الروايتين هذا اذا كان النقصان فاحشا فاما
اذا كان غير فاحش فان كان بفعل الاجنبي او بفعل الزوج لا يتنصف
لان الارش يمنع التنصيف وان كان بافة سماويه او بفعلها او بفعل
المهر اخذ النصف ولا خيار له والله اعلم **واما النوع** الثاني ه
وهو ما يسقط به نصف المهر معني والكل صوره فهو كل طلاق يجب فيه
المتعه فيقع الكلام من مواضع **في بيان** الطلاق التي يجب فيه المتعه والذي

يستحب فيه **وفي** تفسير المتعة **وفي** بيان من يعتبر المتعة بحاله **اما الاول** فالطلاق الذي يجب فيه المتعة **نوعان** احدهما ان يكون قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه ولا فرض بعده او كانت التسمية فيه فاسدة وهذا قول عامة العلما **وقال** مالك لا تجب المتعة ولكن يستحب **فمالك** لا يرى وجوب المتعة اصلا **واحتج** بان الله تعالى قيد المتعة بالمتقي والمحسن بقوله حقا على المحسنين حقا على المتقين والواجب لا يختلف فيه المحسن والمتقي وغيرهما فدل انها ليست بواجبة **ولنا** قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النسا ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن ومطلق الامر لوجوب العمل والمراد من قوله او تفرضوا الذي لم تفرضوا الا ترى انه عطف عليه قوله وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ولو كان الاول بمعنى ما لم تمسوهن وقد فرضوا لهن او لم تفرضوا لما عطف عليه المفروض وقد تكون او بمعنى الواو **قال الله** سبحانه وتعالى ولا تطع منهم اثما او كفورا اي ولا كفورا وقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وعلى كلمة ايجاب وقوله حقا على المحسنين وليس في الفاظ الايجاب كلمة اوكد من قولنا حق عليه لان الحقية تقتضي الثبوت وعلى كلمة الزام واثبات فالجمع بينهما يقتضي التاكيد وما ذكره مالك كما يلزمنا يلزمه لان المندوب اليه ايضا لا يختلف فيه المتقي والمحسن وغيرهما **ثم نقول** الايجاب على المحسن والمتقي لا ينفي الايجاب على غيرهما الا ترى انه سبحانه وتعالى اخبر ان القران هدى للمتقين ثم لم ينف ان يكون هدى للناس كلهم كذا هذا والدليل على ان المتعة بدل عن نصف المهر ان بدل الشي انما يجب حيث يجب الشي ههنا واجبة لانها بدل الواجب وهو نصف مهر المثل وبدل الواجب واجب لانه يقوم مقام الواجب ويحكي حكاية **الا ترى** ان التيمم لما كان بدلا عن الوضو والوضو واجب كان التيمم واجبا **والدليل** على ان المتعة بدل عن نصف المهر ان بدل الشي ما يجب بسبب الاصل عند عدمه كالتيمم مع الوضو وغير ذلك والمتعة تجب بالسبب الذي يجب به مهر المثل وهو النكاح لا الطلاق لان الطلاق مسقط للحقوق لا موجب لها لكن عند الطلاق يسقط نصف مهر المثل فتجب المتعة بدلا عن نصفه وهذا طريق محمد رحمه الله فان الرهن بمهر المثل يكون رهنا بالمتعة عنده حتى اذا هلك هلك بالمتعة واما ابو يوسف رحمه الله فانه لا يجعله رهنا بها حتى اذا هلك الرهن يهلك بغير شي والمتعة باقية عليه فلا يكون وجوبها بطريق البدل عنده بل يوجبها ابتدا بظواهر النصوص التي ذكرنا فيوجبها بدلا

عن البضع بالاستدلال بنصف المسمى في نكاح فيه تسمية **والثاني** ان يكون قبل الدخول في نكاح لم يسم فيه المهر وانما فرض بعده وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله ومحمد وهو قول ابي يوسف الاخير وكان يقول ولا يجب نصف المفروض كما اذا كان المهر مفروضا في العقد وهو قول مالك والشافعي رحمهم الله تعالى **واحتجوا** بقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم اوجب نصف المفروض في الطلاق قبل الدخول مطلقا من غير فصل بينهما اذا كان الفرض في العقد او بعده ولان الفرض بعد العقد كالفرض في العقد ثم المفروض في العقد يتنصف فكذا المفروض بعده **ولهما** قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن اوجب المتعة في الطلاق قبل الدخول ولان مهر المثل قد وجب بنفس العقد لما ذكرنا فيما تقدم فكان الفرض بعده تقديرا لما وجب بالعقد وهو مهر المثل ومهر المثل يسقط بالطلاق قبل الدخول وتجب المتعة فكذا ما هو بيان وتقدير له اذ هو تقدير لذلك الواجب وكذا الفرقة بالايلا واللعان والجب والعنة وكل فرقة جات من قبل الزوج قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه فيوجب المتعة لانها توجب نصف المسمى في نكاح فيه تسمية المتعة عوض عنه كردة الزوج وابايه الاسلام وكل فرقة جات من قبل المراة فلا متعة لها لانه لا يجب بها المهر اصلا فلا تجب لها المتعة والمخيرة اذا اختارت نفسها قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه فلها المتعة لان الفرقة جات من قبل الزوج لان البينونة مضافة الى الابانة السابقة وهي فعل الزوج **واما** الذي يستحب فيه المتعة فهو الطلاق بعد الدخول والطلاق قبل الدخول في نكاح فيه تسمية وهذا عندنا **وقال** الشافعي رحمه الله المتعة في الطلاق بعد الدخول واجبة **واحتج** بقوله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين جعل للمطلقات متاعا بلام الملك عاما الا انه خص منه المطلقة قبل الدخول في نكاح فيه تسمية فبقيت المطلقة قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه والمطلقة بعد الدخول على ظاهر العموم **ولنا** ما ذكرنا ان المتعة وجبت بالنكاح بدلا عن البضع اما بدلا عن نصف مهر المثل او ابتدا فاذا استحقت المسمى او مهر المثل بعد الدخول وجبت المتعة لادى الى ان يكون لملك واحد بدلان والى الجمع بين البدل والاصل في حالة واحدة وهذا ممتنع ولان قبل الدخول في نكاح فيه تسمية لا تجب لها المتعة بالاجماع فالمطلقة

بعد الدخول اولى لان الولي يستحق بعض المهر فانه يستحق الكل اولى
واما الاية فيحمل ذكر المتاع فيها على الندب والاستحباب ونحن
نقول انه يندب الزوج الى ذلك كما يندب الى اداء المهر على الكمال
في غير المدخول بها او يحمل على النفقة والكسوة في حال قيام العدة لان
لان كل ذلك متاع اذ المتاع اسم لما ينتفع به عملا بالدلائل كلها بالقدر
الامكان وكل فرقة جاءت من قبل الزوج الى ذلك كما يندب الى اداء المهر
على الكمال في غير المدخول بها او يحمل على النفقة والكسوة في حال قيام العدة
بعد الدخول يستحب فيها المتعة الا ان يرتد او يابى الاسلام لان
الاستحباب طلب الفضيلة والكافر ليس من اهل الفضيلة واما
تفسير المتعة الواجبة فقد قال اصحابنا رحمهم الله تعالى انها ثلاثة
اثواب درع وخمار وملحفة وهكذا روي عن الحسن وسعيد بن
المسيب وعطا والشعبي وعن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما انه
قال ارفع المتعة الخادم ثم دون ذلك الكسوة والنفقة وقال
الشافعي رحمه الله تعالى مقدرة بثلثين درهما لما روي عن ابي مخلد انه
قال قلت لابن عمر اخبرني عن المتعة واخبرني على قدري فاني موسر
فقال اكس كذا اكس كذا فحسبت ذلك فوجدته قدر ثلثين درهما
فدل انها مقدرة بثلثين درهما ولنا قوله تعالى في اية
المتعة متاعا بالمعروف حقا على المحسنين والمتاع اسم للعروض
في العرف ولان لايجاب الاثواب نظيرا في اصول الشرع وهو الكسوة
التي تجب لها حال قيام النكاح والعدة وادنى ما تكتسي به المراة
وتستتر به عند الخروج ثلثة اثواب ولا نظير لايجاب الثلثين فكان
ايجاب ما له نظير اولى وقوله عبد الله بن عمر دليلنا لانه امره
بالكسوة لا بدراهم مقداره الا انه اتفق ان قيمة الكسوة
بلغت ثلثين درهما وهذا لا يدل على ان التقدير فيها بالثلثين
ولو اعطاها قيمة الاثواب دراهم او دنانير يجبر على القبول
لان الاثواب ما وجبت لعينها بل من حيث انها مال كالشاة
في خمس من الابل في باب الزكاة واما بيان من يعتبر المتعة
بحاله فقد اختلف العلماء فيه قال بعضهم قدر المتعة تعتبر
بحال الرجل في يساره واعساره وهو قول ابي يوسف رحمه الله
وقال بعضهم تعتبر بحال المراة في يسارها واعسارها وقال
بعضهم تعتبر بحالهما جميعا وقال بعضهم المتعة الواجبة تعتبر
بحالها والمستحبة تعتبر بحاله وجه قول من اعتبر حال الرجل
قوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره فجعل المتعة على قدر حال

الرجل

الرجل في يساره واعساره وجه قول من اعتبر حالها ان المتعة
بدل بضعها فيعتبر بحالها والمستحبة تعتبر بحاله وهذا ايضا وجه من
يقول المتعة الواجبة تعتبر بحالها وقوله المتعة المستحبة تعتبر بحاله
لا معنى له لان التقدير في الواجب لا في المستحب وجه قول من اعتبر
حالهما ان الله تعالى اعتبر في المتعة بشيئين احدهما حال الرجل في يساره
واعساره بقوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره
والثاني ان يكون مع ذلك بالمعروف بقوله تعالى متاعا بالمعروف
فلو اعتبرنا فيها الرجل وحده حالها عسى لا يكون بالمعروف لانه
يقتضي انه لو تزوج رجل امراتين احدهما شريفة والاخرى مولاة
دنية ثم طلقهما قبل الدخول بهما ولم يسم لهما ان يستويا في المتعة
باعتبار حال الرجل وهذا منكر في عادات الناس لا معروف
فيكون خلاف النص ثم المتعة الواجبة لا تزاد على نصف المهر
بل هو نهاية المتعة لا مزيد عليه لان الحق عند التسمية اكد
واثبت منه عند عدم التسمية لان الله تعالى اوجب المتعة على قدر
احتمال ملك الزوج بقوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره
واوجب نصف المسمى مطلقا احتمله وسع الزوج وملكه او لا وكذا في
وجوب كمال المسمى من ذلك في نكاح فيه تسمية دون الحق اكد واثبت
عند التسمية ثم لا يزاد هناك على نصف المسمى فلان لا يزاد ههنا
على نصف مهر المثل اولى ولان المتعة بدل عن نصف مهر المثل
ولا يزاد البدل على الاصل ولا ينقص من خمسة دراهم لانها
تجب على طريق العوض واقل عوض ثبت في النكاح نصف عشرة
واما حكم اختلاف الزوجين في المهر فجملة الكلام فيه ان الاختلاف
في المهر اما ان يكون في حياة الزوجين واما ان يكون بعد موت
احدهما بين الحي منهما وورثة الميت واما ان يكون بعد موتهما
بين ورثتهما فان كان في حال حياة الزوجين فاما ان كان قبل
الطلاق واما ان كان بعده فان كان قبل الطلاق فان كان
الاختلاف في اصل التسمية يجب مهر المثل لان الموجب الاصلي في باب
النكاح هو مهر المثل لانه قيمة البضع وقيمة الشيء مثله من كل
وجه فكان هو البدل واما التسمية تقدير لمهر المثل فاذا لم
تثبت التسمية لوقوع الاختلاف فيها وجب المصير الى الموجب
الاصلي وان كان الاختلاف في قدر المسمى او جنسه او نوعه
او صفته فالمهر لا يخلو اما ان يكون دينا واما ان يكون
عينا فان كان دينا فاما ان يكون من الاثمان المطلقة وهي

الدراهم والدنانير واما ان يكون من المكيلات والموزونات ه
والمذروعات الموصوفة في الذمة فان كان من الاثمان المطلقة
فاختلفا في قدره بان قال الزوج تزوجتك على الف درهم وقالت
المراة تزوجتني على الفين وقال الزوج تزوجتك على مائة ه
دينار فقالت المراة على مائتي دينار تحالفا فيبدأ بيمين الزوج
فان نكل اعطاها الفين وان حلف تحلف المراة فان نكلت اخذت الفا
وان حلفت يحكم مهر مثلها ان كان مهر مثلها مثل مما قالت او اكثر
فلها ما قالت وان كان مهر مثلها مثل ما قال الزوج او اقل فلها ه
ما قال الزوج او اقل مما قال وان كان مهر مثلها اقل مما قالت ه
او اكثر مما قال فلها مهر مثلها وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف رحمه الله لا يتحالفان والقول قول الزوج في
هذا كله الا ان ياتي بشيء مستنكر جدا والحاصل ان ابا حنيفة
ومحمدا يحكمان مهر المثل ويبنيان الامر عليه وابو يوسف رحمه
الله لا يحكمه بل يجعل القول قول الزوج مع يمينه الا ان ياتي بشيء
مستنكر وقد اختلف في تفسير المستنكر قيل هو ان يدعي انه
تزوجها على اقل من عشرة دراهم وهذا التفسير مروي عن ابي
يوسف رحمه الله لان هذا القدر مستنكر شرعا اذ لا مهر في الشرع
اقل من عشرة دراهم وقيل هو ان يدعي انه تزوجها على ما لا
يزوج مثلها به عادة وهذا محكي عن ابي الحسن لانه مستنكر
عرفا وهو الصحيح من التفسير لانهما اختلفا في مقدار المهر المسمى
وذلك اتفاق منهما على اصل المهر المسمى وما دون العشرة لم يعرف
مهرا في الشرع اصلا بلا خلاف بين اصحابنا وقد روي عن ابي يوسف
رحمه الله في المنتقى يعني اذا اختلفا في مقدار الثمن والسلعة هالكة
ان القول قول المنكر في الشرع والمنكر هو الزوج لان المراة ه
تدعي عليه زيادة مهر وهو ينكر على ذلك فكان القول قوله
مع يمينه كما في سائر المواضع والدليل عليه ان العاقدين ه
في باب الاجارة اذا اختلفا في مقدار المسمى لا يحكم اجر المثل
بل يكون القول قول المستاجر بل يكون القول قول المستاجر مع
يمينه لما قلنا كذا هذا ولهما ان القول في الشرع والعقل
قول من يشهد له الظاهر والظاهر يشهد له الظاهر والظاهر
يشهد لمن يوافق قوله مهر المثل لان الناس في العادات الجارية
يقدرون المسمى بمهر المثل ويبنونه عليه لا يرضى الزوج بالزيادة
عليه والمراة واولياؤها لا يرضون بالنقصان عنه فكانت التسمية

تقديرا

تقديرا لمهر المثل وبناء عليه فكان الظاهر شاهدا لمن يشهد له مهر المثل
فيحكم مهر المثل فان كان الفين فلها ذلك لان الظاهر شاهد لها
وان كان اكثر من الفين لا يزاد عليه لانها رضيت بالنقصان وان
كان مهر مثلها الفا فلها الف لان الظاهر شاهد للزوج وان كان
اقل من ذلك لا ينتقص عن الف لان الزوج رضي بالزيادة وان كان
مهر مثلها اكثر مما قال او اقل من ذلك لا ينتقص عن الف لان ه
الزوج رضي بالزيادة وان كان مهر مثلها اكثر مما قال واقل
مما قالت فلها مهر المثل لانه هو الموجب الاصلي وانما التسمية
تقدير له لما قلنا ولا يعدل عنه الا عند ثبوت التسمية وصحتها ه
فاذا لم يثبت لوقوع الاختلاف وجب الرجوع الى الموجب الاصلي
او يحكمه وانما يتحالفان لان كل واحد منهما مدعي من وجه ه
ومنكر من وجه اما الزوج فلان المراة تدعي عليه زيادة الف
وهو ينكر واما المراة فلان الزوج يدعي عليها تسليم النفس
عند تسليم الالف اليها وهي تنكر فكان كل واحد منهما مدعيا من
وجه ومنكرا من وجه فيتحالفان لقوله صلى الله عليه وسلم واليمين
على من انكر ويبدا بيمين الزوج لانه اشد انكارا او اسبق انكارا
من المراة لانه ينكر قبل تسليم الالف النفس وبعده والانكار من
المراة بعد تسليم النفس وقبل التسليم هو اسبق انكارا لان المراة
تقبض المهر اولا ثم تسلم نفسها فيطالبه باداء المهر اليها وهو ينكر فكان
هو اسبق انكارا فكانت البداية بالتحليف منه اولى لما قلنا في
اختلاف المتبايعين ذكر الكرخي التحالف في هذه الفصول الثلاثة
وانكر الجصاص التحالف الا في فصل واحد وهو ما اذا لم يشهد
مهر المثل لدعواهما بان كان مهر مثلها اكثر مما قال الزوج ه
واقل مما قالت المراة وكذا في الجامع الصغير لم يذكر التحالف
الا في هذا الفصل **وجه** قوله ان الحاجة الى التحالف فيما لا
شهادة للظاهر فاذا كان مهر المثل مثل ما يدعيه احدهما ه
كان الظاهر شاهدا له فلا حاجة الى التحالف والظاهر لا يشهد
لاحدهما في الفصل الثالث فتقع الحاجة الى التحالف **وجه**
ما ذكره الكرخي رحمه الله ان مهر المثل لا يثبت الا بعد سقوط ه
اعتبار التسمية والتسمية لا يسقط اعتبارها الا بالتحالف لان
الظاهر لا يكون حجة على الغير فتقع الحاجة الى التحالف ثم اذا
تحالفا يبدأ بيمين الزوج فان نكل يقضى عليه بالالفين لان
النكول حجة يقضى بها في باب الاموال بلا خلاف بين اصحابنا

ولا خيار للزوج وهو ان يعطيها مكان الدراهم دنانير لان تسمية
الالفين قد ثبتت بالنكول لانه بمنزلة الاقرار ومن شان المسمى ان لا
يكون للزوج العدول عنه الا برضى المراة وان حلف تحلف المراة فان نكلت
لم يقض على الزوج الا بالالف ولا خيار لما قلنا في نكول الزوج وان حلفت
يحكم مهر مثلها فان كان مهر مثلها الفا قضى لها على الزوج بالف ولا خيار
له لان تسمية الالف قد ثبتت بتصادقهما فيمنع الخيار وان كان مهر مثلها
الفين قضى لها بالفين وله الخيار في اخذ الالفين دون الاخر
لثبوت تسمية احد الالفين بتصادقهما دون الاخر وان كان مهر مثلها
الفا وخمسمائة قضى لها بالف وخمسمائة ولا خيار له في قدر الالف
لثبوت تسمية الالف بتصادقهما وله الخيار في قدر الخمسمائة لانه
لم يثبت تسمية هذا القدر فكان سبيلها سبيل مهر المثل فكان له الخيار
فيها ولا يفسخ العقد بعد التحالف في قول عامة العلماء وقال ابن ابي
ليلى يفسخ كما في البيع لان كل واحد منهما عقد لا يجوز بغير بدل
ولنا الفرق بين البيع وبين النكاح وهو انه لما سقط اعتبار
التسمية في باب البيع يبقى البيع بلا ثمن والبيع بلا ثمن بيع فاسد
والبيع الفاسد واجب الرفع دفعا للفساد وذلك بالفسخ بخلاف
النكاح فان ترك التسمية اصلا في النكاح لا يوجب فساده فسقوط
اعتبارها بحجة له المسمى بالتعارض اولى فلا حاجة الى الفسخ
وهو الفرق هذا اذا لم تقم لاحدهما بينة فاما اذا قامت لاحدهما
بينة فانه يقضي ببينته لانها قامت على امر جائز الوجود ولا معارض
لها فتقبل ولا يحكم مهر المثل لان تحكيمه ضروري ولا ضرورة
عند قيام البينة ولا خيار للزوج لان التسمية تثبت بالبينة
والبينة تمنع الخيار وان اقاما جميعا البينة فان كان مهر مثلها الف
درهم يقضي ببينتها لانها تظهر زيادة الف فكانت بينتها مظهرة
وبينته لم تظهر شيئا لانها قامت على الف والالف كان ظاهرا بتصادقهما
ويعول ببينة المراة اكثرهما اظهارا فكان القضاء بها اولى ولا خيار للزوج
في الالفين لان تسمية احد الالفين تثبت بتصادقهما وتسمية الاخر
تثبت بالبينة والتسمية تمنع الخيار وان كان مهر مثلها الفين
اختلف المشايخ رحمهم الله قال بعضهم يقضي ببينتها ايضا لانها تظهر
زيادة الف لم تكن ظاهرة بتصادقهما وان كانت ظاهرة بشهادة مهر المثل
لكن هذا الظاهر لا يكون حجة على الغير **الا ترى** انه لا يقضي له بدون اليمين
او البينة وتصادقهما حجة بنفسه فكانت بينتها هي المظهرة او كانت اكثر
اظهارا وبينة الزوج ليست مظهرة لان الالف كان ظاهرا بتصادقهما

او

او هي اقل اظهارا فكان القضاء ببينتها اولى وقال بعضهم يقضي ببينة
الزوج لان بينته تظهر حط الالف عن مهر المثل وذلك الالف لثبوت
الالفين بشهادة مهر المثل فيظهر حط الالف عن مهر المثل بشهادته وبينتها
لا تظهر شيئا لان احد الالفين كان ظاهرا بتصادقهما والاخر كان
ظاهرا بشهادة مهر المثل او يظهر صفة التعيين للالفين لان الثابت
بشهادة مهر المثل الفان يتخير الزوج في احدهما او بالبينة يظهر
صفة التعيين لهما وبينته مظهرة للاصل فكان القضاء ببينته
اولى وان كان مهر مثلها الفا وخمسمائة بطلت البينتان للتعارض
لان مهر المثل لا يشهد لاحدهما فكانت كل واحدة منهما مظهرة وليس
القضاء باحديهما اولى من الاخرى فبطلتا فيبقى الحكم بمهر المثل ولا
خيار له في قدر الالف لان البينتين التحقتا بالعدم للتعارض فبقي
هذا القدر مسمى بتصادقهما وله الخيار في قدر الخمسمائة لثبوته على وجه
مهر المثل وكذلك ان كان دينا موصوفا في الذمة بان تزوجها على مكيل موصوف
في الذمة او موزون موصوف او مذروع موصوف فاختلفا في قدر الوزن
والكيل والوزن والذرع والاختلاف فيه كالاختلاف في قدر الدراهم
والدنانير ولهذا يتحالفان ويحكم مهر المثل في قول ابي حنيفة رحمه الله
ومحمد لان القدر في المكيل والموزون معقود عليه وكذا في المذروع اذا
كان في الذمة وان لم يكن معقودا عليه بل كان جاريا مجرى الصفة اذا
كان عينا لان ما في الذمة غائب مذكور يختلف اصله باختلاف وصفه
فجرى الوصف فيما في الذمة مجرى الاصل ولهذا كان الاختلاف في صفة المسلم
فيه موجبا للتحالف كذا هذا وعند ابي يوسف رحمه الله لا يتحالفان والقول
قول الزوج مع يمينه وان كان الاختلاف في جنس المسمى بان قال الزوج
تزوجتك على عبد فقالت على جارية او قال الزوج تزوجتك على كر شعير
فقالت على كر حنطة او على ثياب هروية او قال على الف درهم وقالت
على مائة دينار او في نوعه كالتركي مع الرومي والدنانير المصرية
مع الصورية او في صفته من الجودة والرداءة فالاختلاف فيه كالاختلاف
في العينين لا الدراهم والدنانير فان الاختلاف فيهما كالاختلاف
في الالف والالفين وانما كان كذلك لان كل واحد من الجنسين والنوعين
والموصوفين لا يملك الا بالتراضي بخلاف الدراهم والدنانير
فانهما وان كانا جنسين مختلفين لكنهما في باب مهر المثل جعلا كجنس
واحد لان مهر المثل يقضى من جنس الدراهم والدنانير فجاز ان يستحق
المائة دينار من غير تراض على العقد لان مهر المثل لا يقضى من جنسه
فلم يجز ان يملك من غير تراض فيقضي بقدر قيمته هذا اذا كان المهر دينا

واما اذا كان عينا فان اختلفا في قدره فان كان مما يتعلق العقد بقدره
بان تزوجها على طعام بعينه فاختلفا في قدره فقال الزوج تزوجتك
على هذا الطعام بشرط انه كر وقالت المراة تزوجني عليه بشرط انه كران
فهي مثل الاختلاف في الالف والالفين وان كان مما يتعلق العقد بقدره
بان تزوجها على ثوب بعينه كل ذراع منه يساوي عشرة دراهم فاختلفا
فقال الزوج تزوجتك على هذا الثوب بشرط انه ثمانية اذرع فقالت
بشرط انه عشرة اذرع لا يتحالفان ولا يحكم مهر المثل والقول قول الزوج
بالاجماع **ووجه الفرق** بين الطعام والثوب ان القدر في باب الطعام
معقود عليه حقيقة وشرعا اما الحقيقة فلانه عين وذات حقيقة واما
الشرع فانه اذا اشترى طعاما على انه عشرة اقفزة فوجده احد عشر لا يطيب
له الفضل والاختلاف في المعقود عليه يوجب التحالف فاما القدر في
باب الثوب وان كان من اجزاء الثوب حقيقة لكنه جاري مجرى الوصف وهو
صفة الجودة شرعا لانه يوجب صفة الجودة لغيره من الاجزاء **الا ترى**
ان من اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع فوجده احد عشر طاب له الفضل
والاختلاف في صفة المعقود عليه اذا كان عينا لا يوجب التحالف كما اذا
اختلفا في صفة الجودة في العين والاصل ان ما يوجب فوات بعضه نقصانا
في الباقي فهو جار مجرى الصفة وما لا يوجب فوات بعضه نقصانا في الباقي
لا يكون جاريا مجرى الصفة وان اختلفا في جنسه وعينه كالعبد والجارية
بان قال الزوج تزوجت على هذا العبد وقالت المراة على هذه الجارية
فهو مثل الاختلاف في الالف والالفين على معنى ان مهر مثلها ان كان مثل
دينار او اكثر فلها المائة دينار لما مر ان مهر المثل يقضي من جنسه الدراهم
والدنانير فلا يشترط فيه التراضي بخلاف العبد فان مهر المثل لا يقضي
من جنسه فلا يجوز ان يملك من غير مرضاته ولا يكون لها اكثر من قيمتها
وان كان مهر مثلها اكثر من قيمتها لانها رضيت بهذا القدر وما كان القول
فيه قول الزوج فهلك فاختلفا في قدر قيمته فالقول قول الزوج ايضا
لان المسمى مجمع عليه وكانت القيمة دين عليه والاختلاف اذا وقع في قدر
الدين فالقول قول المديون كما في سائر الديون هذا اذا اختلفا قبل الطلاق
ولو اختلفا بعد الطلاق فان كان بعد الدخول وقبل الدخول بعد
الخلوة فالجواب في الفصول كلها كالجواب فيما لو اختلفا حال قيام النكاح
لان الطلاق بعد الدخول او قبل الدخول بعد الخلوة مما لا يوجب
سقوط مهر المثل وان كان قبل الدخول بها وقبل الخلوة مما لا يوجب سقوط مهر
المثل وان كان المهر دينا فاختلفا في الالف والالفين فالقول قول
الزوج ويتنصف ما يقول الزوج كذا ذكر في كتاب النكاح والطلاق ولم

بذكر

بذكر الاختلاف وكذا ذكر الطحاوي انه يتنصف ما يقول الزوج ولم يذكر
الخلاف وذكر الكرخي وحكى الاجماع فقال لها نصف الالف في قولهم
وذكر محمد في الجامع وقال ينبغي ان يكون القول قول المراة الى متعة
مثلها والقول قول الزوج في الزيادة على قياس قول ابي حنيفة
رحمه الله ووجهه ان المسمى لم يثبت لوقوع الاختلاف فيه والطلاق قبل
الدخول في نكاح لا تسمية فيه يوجب المتعة فتحكم متعة مثلها لان المراة
ترضى بذلك والزوج لا يرضى بالزيادة وكان القول قوله في الزيادة
والصحيح هو الاول لانه لا سبيل الى تحكيم مهر هاهنا لان مهر المثل لا
يثبت في الطلاق قبل الدخول فتعذر تحكيمه فوجب اثبات المتيقن وهو
نصف الالف ومتعة مثلها لان المراة ترضى بذلك فالزوج لا يرضى
بالزيادة وكان القول قوله في الزيادة والصحيح هو الاول لانه لا سبيل
الى تحكيم مهر المثل هاهنا لان مهر المثل لا يثبت في الطلاق قبل الدخول
فتعذر تحكيمه فوجب اثبات المتيقن وهو نصف الالف ومتعة مثلها
لا تبلغ ذلك عادة فلا معنى لتحكيم المتعة مع اقرار الزوج بالزيادة وقيل
لا خلاف بين الروايتين في الحقيقة وانما اختلف الجواب لاختلاف
وضع المسئلة فوضع المسئلة في كتاب النكاح في الالف والالفين
فلا وجه لتحكيم المتعة لان الزوج اقر لها بخمسمائة وهي تزيد
على متعة مثلها عادة فقد اقر الزوج لها بمتعة مثلها وزيادة
فكان لها ذلك ووضعها في الجامع الكبير في العشرة والمائة بان
قال الزوج تزوجتك على عشرة دراهم وقالت المراة تزوجتني
على مائة درهم ومتعة مثلها عشرون وفي هذه الصورة لا يكون
الزوج مقرا لها بخمسة دراهم وذلك اقل من متعة مثلها عادة
فكان لها متعة مثلها وان كان المهر عينا كما في مسئلة العبد والجارية
فلها المتعة الا ان يرضى الزوج ان تاخذ نصف الجارية بخلاف ما
اذا اختلفا في الالف والالفين لان نصف الالف هناك ثابت
بيقين لاتفاقهما على تسمية الالف فكان القضاء بنصفها حكما بالمتيقن
والملك في نصف الجارية ليس بثابت بيقين لانهما لم يتفقا على
تسمية احدهما فلا يمكن القضاء بنصف الجارية الا باختيارهما فاذا
لم يوجد سقط البدلان فوجب الرجوع الى المتعة هذا اذا كان
الاختلاف في حال حياة الزوجين فان كان في حياة احدهما
بعد موت الاخر بينه وبين ورثة الميت فكذلك الجواب ان القول
قول المراة الى تمام مهر مثلها ان كانت حية وقول ورثتها ان
كانت ميتة والقول قول الزوج وورثته في الزيادة عندهما

وعند ابي يوسف رحمه الله القول قول ورثة الزوج الا ان ياتوا بشي مستنكر
وان كان الاختلاف بين ورثة الزوجين فان اختلفوا في اصل التسمية
وكونها فقد قال ابو حنيفة رحمه الله لا اقضي بشي حتى تقوم البينة على اصل التسمية
وعندهما يقضي بمهر المثل كما في حال الحياة **وجه قولهما** ان التسمية اذا لم
تثبت لاختلافهما وجب مهر المثل بالعقد فيبقى بعد موتهما كالمسمى وصار
كانه تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم ماتا وجواب ابي حنيفة هناك انه لا يقضي
بشي حتى يقوموا البينة على التسمية **واما قولهما** ان مهر المثل يجب بالعقد
عند عدم التسمية **فالجواب عنه** من وجهين **احدهما** انه وجب لكنه
لم يبق اذ المهر لا يبقى بعد موت الزوجين وهذا وجه قول ابي حنيفة رحمه الله
في المسئلة بان الظاهر هو الاستيفا والابرا هذا هو العادة فيما بين
الناس فلا يثبت البقا الا بالبينة **والثاني** لين سلمنا انه بقي لكنه
تعذر القضا به لان موضوع المسئلة عند التقادم وعند التقادم
لا يدري ما حالها ومهر المثل بعد نكاحها فيتعذر التقدير على ان
اعتبار مهرها بمهر مثل نسا عشيرتها فاذا ماتا والظاهر موت عشيرتها
فاذا ماتا والظاهر موت نسا عشيرتها فلا يمكن التقدير **ووجه قول ابي حنيفة**
في هذه المسئلة مشكل ولو اختلفت الورثة في قدر المهر فالقول قول
ورثة الزوج عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف القول قول ورثة الزوج
عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف القول قول ورثة الزوج الا ان ياتوا
بشي مستنكر جدا وعند محمد القول قول ورثة المراة الى قدر مهر مثلها
كما في حال الحياة ولو بعث الزوج الى امراته شيا فاختلفا فقالت
المراة هو هدية وقال الزوج هو من المهر فالقول قول الزوج
الا في الطعام الذي يوكل الا في الطعام الذي يوكل لان الزوج هو
المملك فكان الزوج اعرف بجهة تمليكه فكان القول قوله الا فيما يكذبه
الظاهر وهو الطعام الذي يوكل لانه لا يبعث مهرا عادة والله اعلم

فصل ومما يتصل بهذا اختلاف الزوجين في متاع البيت
ولا بينة لاحدهما وجملة الكلام فيه ان الاختلاف في متاع البيت
اما ان يكون بين الزوجين في حال حياتهما واما ان يكون بين ورثتهما
بعد وفاتهما واما ان يكون في حال حياة احدهما وموت الاخر فان كان في حال
حياتهما فاما ان يكون في حال قيام النكاح واما ان يكون بعد زواله
بالطلاق فان كان في حال قيام النكاح فما يصلح للرجال كالعمامة والقلنسوة
والسلاح وغيرها فالقول فيه قول الزوج لان الظاهر شاهد له
وما يصلح للنسا كالخمار والملحفة والمغزل ونحوها فالقول فيه قول
المراة لان الظاهر شاهد لها وما يصلح لهما جميعا كالدراهم والدنانير

والعروض والبسط والحبوب ونحوها فالقول فيه قول الزوج في الباقي
وقال زفر رحمه الله في قول المشكل بينهما نصفان وفي قول اخر وهو قول
مالك والشافعي رحمهما الله القول بينهما نصفان وقال ابن ابي ليلى القول
قول الزوج في الكل الا في ثياب بدن المراة وقال الحسن القول قول
المراة في الكل الا في ثياب بدن الرجل لان الظاهر يكذبها في ذلك
ويصدق الزوج **وجه قول الحسن** ان يد المراة ظهر منه في يد الرجل
فكان الظاهر شاهدا لها الا في ثياب بدن الرجل لان الظاهر يكذبها
في ذلك ويصدق الزوج **وجه قول ابن ابي ليلى** ان الزوج اخص بالتصرف
فيما في البيت فكان الظاهر شاهدا له الا في ثياب بدنها فان الظاهر
يصدقها فيها ويكذب الرجل **وجه قول زفر** رحمه الله ان يد كل
واحد من الزوجين اذا كانا حرين ثابتة على ما في البيت فكان الكل
بينهما نصفين وهو قياس قوله الا انه خص بذلك في قول لان
الظاهر يشهد لاحدهما وعند المشكل لا يشهد لاحدهما في المشكل
وجه قول ابي يوسف ان الظاهر يشهد للمراة الى قدر جهاز مثلها لان
المراة لا تخلوا عن الجهاز عادة فكان الظاهر شاهدا لها في هذا القدر
وكان القول في هذا القدر قولها والظاهر يشهد للزوج في الباقي
فكان القول قوله في الباقي **وجه قولهما** ان يد الزوج على ما في
البيت اقوى من يد المراة لان يده يد متصرفة ويدها يد حافظة
ويد التصرف اقوى من يد الحفظ كاثنين تنازعا في دابة احدهما راكبها
والاخر متعلق بلجامها ان الراكب اولى الا فيما يصلح لها غارض
هذا الظاهر ما هو اظهر منه فيسقط اعتباره وان اختلفا بعد ما طلقها
ثلاثا او باينا فالقول قول الزوج لانها صارت اجنبية بالطلاق
فزالت يدها بالطلاق والتحقت بسائر الاجانب هذا اذا اختلفت
الزوجان قبل الطلاق او بعده فاما اذا ماتا فاختلفت ورثتهما
فالقول قول ورثة الزوج في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي
يوسف رحمه الله القول قول ورثة المراة الى قدر جهاز مثلها وقول ورثة
الزوج في الباقي لان الوارث يقوم مقام المورث فصار كالمورثين
اختلفا بانفسهما وهما حيان وان مات احدهما واختلف الحي منهما وورثة
الميت فان كان الميت هو المراة فالقول قول الزوج عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله لانها لو كانت حية لكان القول قوله فعند الموت اولى
وعند ابي يوسف القول قول ورثتها الى قدر جهاز مثلها وان كان الميت
هو الزوج فالقول قولها عند ابي حنيفة رحمه الله في المشكل وعند ابي
يوسف في قدر جهاز مثلها وعند محمد القول قول ورثة الزوج

وجه قولهما ان يد الزوج على ما في البيت اقوى من يد المراة ظاهرا لان
الوارث يقوم مقام المورث ولابي حنيفة رحمه الله ان المتاع كان في يدهما في حياتهما
لان الحرة من اهل الملك واليد وينبغي ان يكون بينهما نصفين كما قال زفر
لان يد الزوج كانت اقوى فسقطت يدها بيد الزوج فاذا مات الزوج
فقد زال المانع فظهرت يدها على المتاع ولو طلقها في مرضه ثلاثا
او باينا فمات ثم اختلفت هي وورثة الزوج فان مات بعد انقضاء العدة
فالقول قول ورثة الزوج لان القول قول الزوج في المشكل بعد الطلاق
فكان القول قول ورثته بعده ايضا وان مات قبل انقضاء العدة
فالقول قولها عند ابي حنيفة في المشكل وعند ابي يوسف في قدر جهاز
مثلها وعند محمد القول قول ورثة الزوج لان العدة اذا كانت هي
قائمة لان النكاح قائم من وجه فصار كما لو مات الزوج قبل الطلاق
وبقيت المراة وهناك القول قولها عند ابي حنيفة في المشكل وعند
ابي يوسف في قدر جهاز مثلها وعند محمد القول قول ورثة الزوج كذا
ههنا هذا كله اذا كان الزوجين حرين او مملوكين او مكاتبين فاما
اذا كان احدهما حرا والاخر مملوكا او مكاتبا فعند ابي حنيفة القول قول
الحر وعندهما ان كان المملوك محجورا فكذلك فاما اذا كان ماذونا
او مكاتبا فالجواب فيه وفيما اذا كانا حرين سوا وجه قولهما
ان المكاتب في ملك اليد بمنزلة الحر بل هو حر يدا ولهذا كان احق بمكاسبه
وكذا الماذون المديون فصار كما اذا اختلفا وهما حران ولابي حنيفة
ان كل واحد منهما مملوك اما الماذون فلا شك فيه وكذا المكاتب لانه
عبد ما بقي عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم
والعبد اسم للمملوك والمملوك لا يكون من اهل الملك فلا تصلح يده
حائلا على الملك من غير معارض بخلاف الحرين ولو كان الزوج حرا والمراة
او مكاتبة او مدبرة او ام ولد فاعتقت ثم اختلفا في متاع البيت
فما احدثا من الملك فهل الحق بعد العتق فالجواب فيه وفي الحرين
سوا ولو كان الزوج مسلما والمراة ذمية فالجواب فيه كالجواب في الزوجين
المسلمين لان الكفر لا ينافي اهلية الملك بخلاف الرق وكذا لو كان البيت
ملكا لاحدهما لا يختلف الجواب لان العبرة لليد لا للملك هذا
كله اذا لم تقر المراة ان هذا المتاع اشتراه لي زوجي فان اقرت
بذلك سقط قولها لانها اقرت بالملك لزوجها ثم ادعت الانتقال
اليها فلا يثبت الانتقال الا بدليل ومنها الكفاءة في نكاح غير
الاب والجد من الاخ والعم ونحوهما الصغيرة وفي نكاح الاب والجد
اختلاف ابي حنيفة مع صاحبيه واما الطوع فليس بشرط لجواز النكاح

الكفاءة في النكاح

عندنا

عندنا خلافا للشافعي فيجوز نكاح الهازل لان الشرع جعل الجد والهزل
في باب النكاح سوا قال النبي صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد
وهزلهن جد الطلاق والعتاق والنكاح وكذلك الخطا عندنا حتى يجوز
نكاح الخاطي وهو الذي يسبق على لسانه كلمة النكاح من غير قصده
وعند الشافعي شرط والصحيح قولنا لان العاتبة بالخطا ليس الا القصد
وانه ليس بشرط لجواز النكاح بدليل نكاح الهازل وكذلك الحلال اعني
كونه حلالا غير محرم او كونها حلالا غير محرمة ليس بشرط الجواز عندنا
وعند الشافعي شرط حتى يجوز نكاح المحرم والمحرمة عندنا لكن لا يحل
نكاح المحرم والمحرمة عندنا لكن لا يحل وطيها في حال الاحرام وعنده
لا يجوز وجه قوله ان الجماع من محظورات الاحرام فكذا النكاح
لانه سبب داع الى الجماع ولهذا حرمت الدواعي على المحرم كما حرم عليه
الجماع ولنا ما روي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم هو الجواز ولا يعارض هذا ما روى زيد بن الاصم
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو حلال بسرف
واجمعوا على انه ما تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم الا مرة واحدة
فيقع التعارض لان الاخذ برواية بن عباس اولى لوجوه احدها انه يثبت
امرا عارضا وهو الاحرام اذ الحل اصل والاحرام عارض وحمل رواية
زيد على انه بنى الامر على الاصل وهو الحل تحسينا للظن بالرواة
فكان الحال راوي الاحرام معتمدا على حقيقة الحال وراوي الحل
بانيا الامر على الظاهر فكانت رواية من اعتمد حقيقة الحال اولى
ولهذا رجحنا قول الجارح على المزكي كذا هذا والثاني ان عبد
الله بن عباس رضي الله عنهما افقه واتقن من زيد والترجيح بفقه
الراوي واتقانه ترجيح صحيح على ما عرف في اصول الفقه ولان المعاني
التي لها حسن النكاح في غير حال الاحرام موجودة في حال الاحرام
فكان الفرق بين الحالين مع وجود المعنى الجامع بينهما مناقضة
وما ذكره من المعنى يبطل بنكاح الحائض والنفساء فانه جائز بالاجماع
وان كان النكاح سببا داعيا الى الجماع والله اعلم ثم كل نكاح
جاز بين المسلمين وهو الذي استجمع شرائط الجواز الذي وصفناها
فهو جائز بين اهل الذمة واما ما فسد بين المسلمين
من الانكحة فانها منقسمة في حقهم منها ما يصح ومنها ما يفسد وهذا
قول اصحابنا الثلاثة وقال زفر كل نكاح فسد في حق المسلمين فسد
في حق اهل الذمة حتى لو اظهروا النكاح بغير شهود يعترض عليهم
ويحملون على احكامنا فان لم يرفعوا الينا وكذا اذا اسلما يفرق بينهما

عنده وعندنا لا يفرق بينهما وان تحاكما الينا وأسلما بل يقران عليه
وجه قوله المختصر انهم قبلوا عقد الذمة فقد التزموا احكامنا ورضوا
بها ومن احكامنا انه لا يجوز النكاح بغير شهود ولهذا لم يجز نكاحهم
المحارم في حكم الاسلام ولان تحريم النكاح بغير شهود في شريعتنا
ثبت بخطاب الشرع على سبيل العموم بقوله لا نكاح الا بشهود والكفار
مخاطبون بشرايع هي محرمات في الصحيح من الاقوال فكانت حرمة
النكاح بغير شهود ثابتة في حقهم **ولنا** انهم كانوا النكاح بغير
شهود والكلام فيه ونحن امرنا بتركهم وما يدينون الا ما استثني من
عهودهم كالربا وهذا غير مستثنى فيصح في حقهم كما يصح منهم تملك
الخمر والخنزير وتملكهما فلا يعترض عليهم كما لا يعترض في الخمر والخنزير
ولان الشهاده ليست بشرط بقاء النكاح على الصحة بدليل انه لا يبطل
بموت الشهود فلا يجوز ان يكون شرط ابتداء العقد في حق الكافر لان
في الشهاده معنى العبادة **قال الله تعالى** واقيموا الشهادة لله
فلا يوضع الكافر براعاة هذا الشرط في العقد ولان نصوص الكتاب
مطلقة عن شرط الشهاده والتقييد بالشهاده في نكاح المسلم
ثبت بدليل فمن ادعى التقييد بها في حق الكافر يحتاج الى الدليل
واما قوله انهم بالذمة التزموا احكام الاسلام فنعم لكن جواز نكاحهم
بغير شهود من احكام الاسلام وقوله تحريم النكاح بغير شهود عام
ممنوع بل هو خاص في حق المسلمين لوجود المخصص لاهل الذمة وهو
عمومات الكتاب ولو تزوج ذمي ذمية في عدة من ذمي جاز
النكاح في قول ابي حنيفة رحمه الله وهذا والنكاح بغير شهود سوا
عنده حتى لا يعترض عليهما بالتفريق وان ترافعا الينا ولو
اسلما يقران على ذلك **قال** ابو يوسف ومحمد وزفر رحمهم الله
النكاح فاسد يفرق بينهما **وجه قولهم** على نحو ما ذكرنا لزفر في
النكاح بغير شهود وهو انهم بقبولهم الذمة التزموا احكامنا ومن
احكامنا المجمع عليه فساد نكاح المعتدة ولان الخطاب بتحريم نكاح
المعتدة عام **قال الله تعالى** ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب
أجله والكفار مخاطبون بالمحرمات وكلام ابي حنيفة رحمه الله على
نحو ما تقدم ايضا ان في ديانتهم عدم وجوب العدة والكلام فيه فلم
يكن هذا في نكاح المعتدة في اعتقادهم ونحن أمرنا بان نتركهم وما
يدينون وكذا عمومات النكاح من الكتاب والسنة مطلقة عن
هذه الشريطة اعني الخلو عن العدة وانما عرف شرطا في نكاح
المسلمين بالاجماع وقوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح خطاب

للمسلمين

للمسلمين او يحمل عليه عملا بالدلايل كلها صيانة لها عن التناقض ولان العدة فيها
معنى العبادة وهي حق الزوج ايضا من وجه **قال الله تعالى** فما لكم عليهن من عدة
تعتدونها فمن حيث هي عبادة لا يمكن ايجابها على الكافر ولان الكفار لا يخاطبون
بشرايع هي عبادات او قربات كذا من هي حق الزوج لان الكافر لا يعتقده حقا
لنفسه بخلاف المسلم اذا تزوج كتابية في عدة من مسلم انه لا يجوز لان المسلم
يعتقد العدة حقا واجبا فيمكن الايجاب لحقه ان كان لا يمكن لحق الله تعالى
من حيث هي عبادة ولهذا قلنا انه ليس للزوج المسلم ان يجبر امراته الكافرة
على الغسل من الجنابة والحيض والنفاس لان الغسل من باب القربة وهي غير
مخاطبة بالقربات وله ان يمنعها من الخروج من البيت لان الاشكال حقه
واما نكاح المحارم والجمع بين خمس نسوة والجمع بين الاختين فقد ذكر
الكرخي ان ذلك كله فاسد في حكم الاسلام بالاجماع لان فساد هذه الانكحة
في حق المسلمين ثبت لفساد قطيعة الرحم وخوف الجور في قضاء الحقوق من
النفقة والسكنى والكسوة وغير ذلك وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين
المسلم والكافر الا انه مع الحرمة والفساد لا يتعرض لهم قبل المرافعة
وقبل الاسلام لانهما اذا ترافعا فقد تركا ما دانا به ورضيا بحكم الاسلام
ولقوله تعالى فان جاوك فاحكم بينهم واما اذا لم يترافعا ولم يوجد
الاسلام ايضا فقد قال ابو حنيفة رحمه الله ومحمد انهما يقران على نكاح
ولا يتعرض عليهما بالتفريق وقال ابو يوسف رحمه الله يفرق
بينهما الحاكم اذا علم ذلك سوا ترافعا الينا او لم يترافعا ولو رفع احدهما
دون الاخر قال ابو حنيفة لا يعترض عليهما ما لم يترافعا جميعا
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا رفع احدهما يفرق بينهما اما
الكلام في المسيلة الاولى فوجه قول ابي يوسف ظاهر قوله تعالى وان
احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم امر رسول الله صلى الله
عليه وسلم ان يحكم بينهم بما انزل الله مطلقا ولان الاصل في الشرايع
هو العموم في حق الناس كافة الا انه تعذر تنفيذها في دار الحرب
لعدم الولاية وامكن في دار الاسلام فلزم التنفيذ فيها وكان
النكاح فاسدا والنكاح الفاسد زنا من وجه فلا يمكنون منه كما لا يمكنون
من الزنا في دار الاسلام ولابي حنيفة رحمه الله قوله تعالى فان جاوك
فاحكم بينهم او اعرض عنهم والاية حجة له في المسئلتين جميعا اما في المسيلة
الاولى فلانه شرط المجي للحكم عليهم واثبت التخيير بين الحكم والاعراض
الا انه قام الدليل على نسخ التخيير ولا دليل على نسخ شرط المجي فكان حكم
الشرط باقيا ويحمل المطلق على المقيد لتعذر العمل بهما وامكان
جعل العمل بيانا للمطلق **واما** في المسيلة الثانية فلانه شرط مجيبهم

يحكم عليهم فاذا جا احدهما دون الاخر فلم يوجد الشرط وهو مجيئهم فلا يحكم بينهم
وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى مجوس هجر اما ان تذروا
الربا او تاذنوا بحرب من الله ورسوله ولم يكتب اليهم في انكحتهم شيا ولو كان
التفريق مستحقا قبل المرافعه لكتب به كما كتب بترك الربا وروي ان المسلمين
لما فتحوا بلاد فارس لم يتعرضوا لانكحتهم **وما روي** ان عمر رضي الله عنه
كتب ان يفرق بينهم وبين امهاتهم لا نكاد يثبت لانه لو ثبت لنقل على طريق
الاستفاضه لتوفر الدواعي الى نقلها فلما لم ينقل دل انه لم يثبت او
يحمل على انه كتب ثم رجع عنه ولم يعمل عنه ولان ترك التعرض والاعتراض
ثبت حقا لهما فاذا رفع احدهما فقد رضي بحكم الاسلام اسقط حق نفسه
فبقي حق الاخر **وجه قول محمد** انه لما رفع احدهما فقد رضي بحكم الاسلام
فيلزم اجرا حكم الاسلام في حقه فيتعدى الى الاخر كما اذا اسلم احدهما الا ان
ابا حنيفه يقول الرضى بالحكم ليس نظير الاسلام بدليل انه لو رضي ثم رجع عنه
قبل الحكم عليه لم يلزمه حكم الاسلام وبعدما اسلم لا يمكنه ان يابى الرضى
باحكام الاسلام واذا لم يكن ذلك امرا لازما ضروريا فلا يتعدى الى غيره
وجعل رضاه في حق الغير كالعدم بخلاف الاسلام وذكر القاضي وذكر الامام
القاضي الامام ابو زيد ان نكاح المحارم صحيح فيما بينهم في قول ابي حنيفه
رحمه الله بدليل ان الذي اذا تزوج بمحارمه ودخل بها لم يسقط احصانه
عنده حتى لو قذفه انسان بالزنا بعدما اسلم يحد قاذفه عنده
ولو كان النكاح فاسدا لسقط احصانه لان الدخول في النكاح الفاسد يسقط
الاحصان كما في ساير الانكحه الفاسده وكذلك لو ترافعا الينا فطلبت
المراه النفقه فان القاضي يقضي بالنفقه في قول ابي حنيفه رحمه الله
فدل ان نكاح المحارم وقع صحيحا فيما بينهم في حكم الاسلام
واتفقوا على انه لو تزوج حربي اختين في عقده واحده او على التعاقب
ثم فارق احدهما قبل الاسلام ثم اسلم ان نكاح الباقيه صحيح ومعلوم
ان الباقي على الثابت ولو وقع نكاحها فاسدا لجاز وتوعد لما اقر
عليه بعد الاسلام وكذلك لو تزوج خمسا في عقد متفرقه ثم فارق
الاولى منهن ثم اسلم بقي نكاح الاربع على الصحه ولو وقع فاسدا من
الاصل لما انقلب صحيحا بالاسلام بل كان يتاكد الفساد فثبت
ان هذه الانكحه وقعت صحيحه في حقهم في حكم الاسلام ثم يفرق بينهما
بعد الاسلام لانه لا صحة لها في حق المسلمين ولو طلق الذمي امراته ثلثا او
خالعها ثم قام عليها كقيامه عليها قبل الطلاق يفرق بينهما وان لم يترافعا
لان العقد قد بطل بالطلقات الثلاث وبالخلع لانه يدين في ذلك
فكان اقراره على قيامه عليها اقرارا على الزنا وهذا لا يجوز ولو تزوج ذمي

ذمية

على ان لا مهر لها وذلك في دينهم جائز صح ذلك ولا شي لها في قول ابي حنيفه
رحمه الله سوا دخل بها او لم يدخل بها طلقها او مات عنها اسلما او اسلم
احدهما وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله دخل بها او لم يدخل بها طلقها
بعد الدخول وبعد الخلوه بها او مات عنها تاكد ذلك وان طلقها قبل
الدخول بها وقبل الخلوه سقط مهر المثل ولها المتعه كالمسلمه ولو تزوج
حربي حربيه في دار الحرب على ان لا مهر لها جاز ذلك ولا شي لها في قولهم
جميعا والكلام في الجانبين على نحو ما ذكرنا في المسايل المتقدمه وهما
يقولان حكم الاسلام قد لزم الزوجين الذميين لالتزامهما احكام
وابو حنيفه رحمه الله يقول ان في ديانتهم جواز النكاح بلا مهر ونحن امرنا
بان نتركهم وما يدينون الا فيما وقع الاستثنا عنه فلا يتعرض لهم
ويكون جايزا في حقهم في حكم الاسلام كما يجوز لهم في حكم الاسلام تملك الخمور
والخنازير وتمليكها هذا اذا تزوجها ونفى المهر فاما اذا تزوجها وسكت
عن تسمية الزياده المهر بان تزوجها ولم يسم لها مهرا فلها مهر المثل في
ظاهر الروايه بروايه الاصل فانه ذكر في الاصل ان الذمي اذا تزوج
ذميه بميتة او دم او بغير شي ان النكاح جائز ولها مهر مثلها فظاهر
قوله او بغير شي ان النكاح جائز ولها يشعر بالسكوت عن التسميه لا بالنفي
فيدل على وجوب مهر المثل حال السكوت عن التسميه فرق ابو حنيفه
رحمه الله بين السكوت وبين النفي وحكي عن الكرخي انه قال قياس
قول ابي حنيفه رحمه الله انه لا فرق بين حالة السكوت وبين النفي
ووجهه انه لما جاز النكاح في ديانتهم بمهر وبغير مهر لم يكن في نفس
العقد ما يدل على التزام المهر فلا بد من وجوبه من دليل وهو التسميه
ولم يوجد فلا يجب بخلاف نكاح المسلمين لانه لا جواز له بدون المهر
فكان ذلك العقد التزاما للمهر **ووجه الفرق** بين السكوت وبين
النفي على ظاهر الروايه انه لما سكت عن تسميه المهر لم يعرف ديانته النكاح
بلا مهر فيجعل اقدامه على النكاح التزاما للمهر كما في حق المسلم وان نفى
المهر نصا دل انه يدين النكاح ويعتقده جائزا بلا مهر فلا يلزمه
حكم نكاح اهل الاسلام بل يترك وما يدينه وهو الفرق ثم ما صلح مهرا
في نكاح المسلمين لا يصلح مهرا في نكاحهم ايضا الا الخمر والخنزير لان
ذلك مال متقوم في حقهم بمنزلة الشاة والخل في حق المسلمين فيجوز
ان يكون مهرا في حقهم في حكم الاسلام فان تزوج ذمي ذميه على خمر
او خنزير بعينه ثم اسلما او اسلم احدهما فان كان الخمر او الخنزير بعينه
ولم يقبض فليس لها الا العين وان كان بغير عينه بان كان
في الذمه فلها في الخمر القيمه وفي الخنزير مهر مثلها وهذا قول ابي حنيفه

و قال ابو يوسف رحمه الله لها مهر مثلها سوا كانت بعينه او بغير عينه وقال محمد لها القيمه سوا كان بعينه او بغير عينه ولا خلاف في ان الخمر والخنزير اذا كان دينا في الذمه تبين لها عن ذلك **وجه قولهما** انه لا يجوز ان يكون لها المعين ان الملك في المعين وان ثبت لها قبل الاسلام لكن في القبض معنى التمليكه لانه موكد للملك لان ملكها قبل القبض واهي غير متاكد الا ترى انه لو هلك عند الزوج كان الهلاك عليه وكذا لو تعيب وبعد القبض كان ذلك كله عليها فثبت ان الملك قبل القبض غير متاكد وكان القبض متاكدا للملك والقبض لتاكيد اثبات من وجه وكان القبض تمليكا من وجه والمسلم منهي عن ذلك ولهذا لو اشترى ذمي خمرا ثم اسلما او اسلم احدهما قبل القبض ينتقض البيع ولابي حنيفه رحمه الله ان المرا تملك المهر قبل القبض ملكا تاما اذ الملك نوعان ملك رقبه وملك يد وهو ملك التصرف لانها تملك التصرف في المهر قبل القبض من كل وجه فلم يبق الا صورة القبض والمسلم غير منهي عن صورة قبض الخمر والخنزير واقباضهما كما اذا اغتصب مسلم من مسلم خمرا ان الغاصب يكون مامورا بالتسليم والمغصوب منه يكون ماذونا له في القبض وكذا الذمي اذا غصب منه الخمر ثم اسلم وكمسلم اودعه الذمي خمرا ثم اسلم الذمي ان له ان ياخذ الخمر من المودع يبقى هذا العذر وهو انه دخل المهر في ضمانها بالقبض لكن هذا لا يوجب اثبات ملك لها لما ذكرنا ان ملكها تام قبل القبض معما ان دخوله في ضمانها امر عليها فكيف يكون ملكا لهما بخلاف المبيع فان ملك الرقبه وان كان ثابتا قبل القبض فملك التصرف لم يثبت وانما يثبت بالقبض وفيه معنى التمليك والتملك والاسلام يمنع من ذلك هذا اذا كانا غيبين وان كانا دين فليس لها العين بالاجماع لان الملك في هذه العين التي تاخذها ما كان ثابتا لها بالعقد بل كان ثابتا في الدين في الذمه وانما يثبت الملك في هذا المعين بالقبض والقبض تملك من وجه والمسلم ممنوع من ذلك **وجه قول ابي يوسف** ان الاسلام لما منع القبض والقبض حكم العقد فجعل كان المنع كان ثابتا وقت العقد فيصار الى مهر المثل كما لو كانا وقت العقد مسلمين **وجه قول محمد** رحمه الله ان العقد وقع صحيحا والتسميه في العقد قد صحت الا انه تعذر التسليم بسبب الاسلام لما في التسليم من التمليك من وجه على ما بينا والمسلم ممنوع عن ذلك فيوجب القيمه كما لو هلك المسمى قبل القبض وابو حنيفه رحمه الله يوجب القيمه في الخمر لما قاله محمد وهو القياس في الخنزير ايضا الا انه استحسن في الخنزير ايضا واوجب مهر المثل لان الخنزير حيوان ومن تزوج امراة

على حيوان في الذمه تخير بين تسليمه وبين تسليم قيمة الوسط منه بل القيمه هي الاصل في التسليم لان الوسط يعرف بها على ما ذكرنا فيما تقدم فكان ايفا قيمة الخنزير بعد الاسلام حكم ايفا الخنزير من وجه ولا سبيل الى ايفا العين بعد الاسلام فلا سبيل الى ايفا القيمه بخلاف الخمر لان قيمتها لم تكن واجبة قبل الاسلام الا ترى انه لو جا الزوج بالقيمه لا يجبر المراه على القبول فلم يكن لبقايها حكم بقا الخمر من وجه لذلك افترقا هذا كله اذا لم يكن المهر مقبوضا قبل الاسلام فان كان مقبوضا فلا شي للمراه لان الاسلام متى ورد الحرم مقبوض بلاقيه بالعفو لان الملك قد ثبت على سبيل الكمال بالعقد والقبض في حال الكفر فلا يثبت بعد الاسلام ملك وانما يوجد دوام الملك والاسلام لا ينافيه كمن تخمر عصيره لا يومر بابطال ملكه فيها حتى يتروى لتحريم الربا **وروى** رسول الله صلى الله عليه وسلم لما دخل مكه ابطل من الربا ما لم يقبض ولم يتعرض لما قبض بالفسخ وهو احد ما ولي قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا ان كنتم مومنين امر بترك ما بقي الربا هو المنهي عنه وعن قبضه والله الموفق ولو تزوجها على ميته او دم ذكر في الاصل ان لها مهر مثلها وذكر في الجامع الصغير انه لا شي لها منهم من وفق بين الروايتين فحمل على ما ذكر في الاصل على الذميين وما ذكر في الجامع الصغير على الحربيين ومنهم من جعل روايتين **وجه رواية الاصل** انه لما تزوجها على الميته والدم فلم يرض باستحقاق بعضها الا ببدل وقد تعذر استحقاق المسمى لانه ليس بمال في حق احد فكان لها مهر المثل كالمسلم **وجه رواية الجامع الصغير** انها لما رضيت بالميته مع انها ليست بمال كان ذلك منها دلالة الرضى باستحقاق بعضها بغير عوض اصلا كما اذا تزوجها على ان لا مهر لها والله اعلم ثم كل عقد اذا عقده الذمي كان فاسدا فاذا عقده الحربي كان فاسدا لان المعنى المفسد لا يوجب الفصل بينهما وهو ما ذكرنا فيما تقدم ولو تزوج كافر خمس نسوة او باختين ثم اسلم فان تزوجهن في عقده واحده فرق بينه وبينهن وان كان تزوجهن في عقد متفرقه صح نكاح الاربع ويبطل نكاح الخامسه وكذا في الاختين يصح نكاح الاولى ويبطل نكاح الثانيه وهذا قول ابي حنيفه رحمه الله وابي يوسف وقال محمد يختار من الخمس اربعا من الاختين واحده سوا تزوجهن في عقده واحده او في عقد استحسانا وبه اخذ الشافعي رحمه الله

احتج بما روي ان غيلان اسلم وتحته عشر نسوة فامره رسول الله صلى الله
عليه وسلم ان يختار منهن اربعا وروي ان قيس بن الحارث اسلم وتحته ثمان
نسوة فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم فامره رسول الله صلى الله عليه
وسلم ان يختار منهن اربعا وروي ان فيروز الديلمي اسلم وتحته اختان
فخيره رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يستفسر ان نكاحهن كان دفعة
واحدة او على الترتيب ولو كان الحكم يختلف لاستفسر فيدل ان حكم الشرع
فيه هو التخيير مطلقا ولابي حنيفة وابي يوسف ان الجمع محرم على المسلم
والكافر جميعا لان حرمته تثبت لمعنى معقول وهو خوف الجور في ايفا
حقوقهن والافضا الى قطع الرحم على ما ذكرنا فيما تقدم وهذا المعنى
لا يفصل بين المسلم والكافر الا انه لا يتعرض لاهل الذمة مع قيام
الحرمة ديانتهم وهو غير مستثنى من عهودهم وقد نهينا عن
التعرض لهم عن مثله بعد اعطا الذمة وليس لنا ولاية التعرض
لاجل الحرب فاذا اسلم فقد زال المانع فلا يمكن من استيفا الجمع
بعد الاسلام فاذا كان تزوج الخمس في عقدة واحدة فقد حصل نكاح
كل واحدة منهن جميعا اذ ليس احديهن اولى من الاخرى والجمع محرم
وقد زال المانع من التعرض فلا بد من الاعتراض بالتفريق وكذلك
اذا تزوج الاختين في عقدة لان نكاح كل واحدة منهما حصل جمعا
اذ ليست احديهما باولى من الاخرى والاسلام يمنع من ذلك ولا
مانع من التفريق فيفرق فاما اذا كان تزوجهن على الترتيب في
عقد متفرقة فنكاح الاربع منهن وقع صحيحا اذ لا مانع من الصحة
ويبطل نكاح الثانية لحصوله جمعا فلا بد من التفريق بعد الاسلام
واما الاحاديث ففيها اثبات الاختيار لتجدد العقد عليهن و
انه اثبت الاختيار ليتمسكن بالعقد الاول فلا يكون حجة مع
الاحتمال مع انه قد روي ان ذلك قبل تحريم الجمع فانه روي في الخبر
ان غيلان اسلم وقد تزوج في الجاهلية وروي عن مكحول انه قال
كان ذلك قبل نزول الفرائض وتحريم الجمع ثبت بسورة النسا
الكبرى وهي مدنية وروي ان فيروز لما هاجر الى النبي صلى الله
عليه وسلم قال له ان تحتي اختين فقال له رسول الله صلى الله
عليه وسلم ارجع فطلق احديهما ومعلوم ان الطلاق انما يكون
في النكاح الصحيح فدل ان ذلك العقد وقع صحيحا في الاصل
فيدل ان ذلك العقد وقع صحيحا في الاصل فيدل انه كان قبل
تحريم الجمع ولا كلام فيه وعلى الخلاف اذا تزوج الحربي اربع نسوة
ثم سبي هو سبين معه ان عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله يفرق

بينه

بينه وبين الكل سوا تزوجهن في عقدة واحدة او عقد متفرقة لان نكاح
الاربع وقع صحيحا في الاصل لانه كان حرا وقت النكاح والحر يملك التزوج باربع
نسوة مسلما كان او كافرا الا انه تعذر الاستيفا بعد الاسترقاق لحصول
الجمع من العبد في حالة البقا بين اكثر من اثنين والعبد لا يملك الاستيفا فيقع
جمعا بين الكل فيفرق بينه وبين الكل ولا يخير فيه كما اذا تزوج رضيعتين
فارضعتهما امراة بطل نكاحهما كذا هذا وعند محمد رحمه الله يخير فيه فيختار
اثنتين منهن كما يخير الحربي اربعا من نسائه ولو كان الحربي تزوج اما وبنتا ثم
اسلم فان كان تزوجهما في عقدة واحدة فنكاحهما باطل وان كان تزوجهما
متفرقا فنكاح الاولى جايز ونكاح الاخرى باطل في قول ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله كما قالا في الجمع بين الخمس والجمع بين الاختين وقال محمد رحمه الله
نكاح البنت هو الجايز سوا تزوجهما في عقدة واحدة او عقدتين ونكاح الام
باطل لان مجرد عقد الام لا يحرم البنت وهذا اذا لم يكن دخل بواحدة
منهما ولو انه كان دخل بهما جميعا فنكاحهما جميعا باطل بالاجماع وان كان
دخل باحديهما فان كان دخل بالاولى ثم تزوج الثانية فنكاح الاولى جايز
ونكاح الثانية باطل بالاجماع لان مجرد الدخول يوجب التحريم سواه
دخل بالام او البنت ولو لم يدخل بالاولى ولكن دخل بالثانية فان كانت
الاولى بنتا والثانية اما فنكاحهما جميعا باطل بالاجماع لان نكاح البنت
يحرم الام والدخول بالام يحرم البنت ولو تزوج الام الاولى ولم
يدخل بها ثم تزوج البنت ودخل بها فنكاحهما جميعا باطل في قول ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله الا انه يحل له ان يتزوج بالبنت ولا يحل له ان
يتزوج بالام وعند محمد رحمه الله نكاح البنت هو الجايز وقد دخل بها وهي
امراته ونكاح الام باطل **فصل واما شرايط اللزوم فنوعان**
في الاصل **نوع** هو شرط وقوع النكاح لازما **ونوع**
هو شرط بقايه على اللزوم الاول **اما الاول فانواع منها** ان يكون
الولي في نكاح الصغير والصغيرة هو الاب او الجد فان كان
غير الاب والجد كالاخ والعم لا يلزم النكاح حتى يثبت لهما الخيار
بعد البلوغ وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف
هذا ليس بشرط ويلزم نكاح غير الاب والجد من الاوليا حتى لا يثبت
لهما الخيار **وجه قول ابي يوسف** ان هذا نكاح صدر عن ولي
فيلزم كما اذا صدر عن الاب والجد وهذا لان ولاية الانكاح
ولاية نظر في حق المولى عليه فيدل ثبوتها على حصول النظر وهذا
يمنع ثبوت الخيار لان الخيار لو ثبت انما يثبت لنفي الضرر ولا ضرر فلا
الخيار ولهذا لم يثبت في نكاح الاب والجد وكذا هذا ولاية الانكاح

ولهما ما روي ان قدامة بن مظعون زوج بنت اخيه عثمان بن مظعون
من عبد الله بن عمر رضي الله عنهما فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم
بعد البلوغ فاختارت نفسها حتى روي ان ابن عمر قال انها انتزعت مني ما ملكتها
وهذا نص في الباب ولان اصل القرابة ان كان يدل على اصل النظر لكونه دليلا
على اصل الشفقة فقصورها يدل على قصور النظر لقصور الشفقة بسبب بعد
القرابة فيجب اعتبار اصل القرابة باثبات اصل الولاية واعتبار القصور
باثبات الخيار تكميلا للنظر وتوفيرا في حق الصغير بتلافي التقصير لو وقع ولا
يتوهم التقصير في نكاح الاب والجد لوفور شفقتهما لذلك لزم نكاحهما ولم
يلزم نكاح الاخ والعم على ان القياس في انكاح الاب والجد ان لا يلزم الا انهم
استحسنوا في ذلك بما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة
رضي الله عنها وبلغت ولم يعلمها بالخيار بعد البلوغ ولو كان الخيار ثابتا
وقت حرمها لا علمها به وهل يلزم اذا زوجها الحاكم ذكر في الاصل ما يدل
على انه لا يلزم فانه قال اذا زوجها غير الاب والجد فلها الخيار والحاكم
غير الاب والجد وهذا قول محمد ان لها الخيار **وروى** خالد بن صبيح المروزي
عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا خيار لها **وجه هذه الرواية** ان ولاية الحاكم
اعم من ولاية الحاكم اعم من ولاية الاخ والعم لانه يملك التصرف في النفس
والمال جميعا فكانت ولايته شبيهة بولاية الاب والجد وولايتهما ملزمة
كذلك ولاية الحاكم **وجه رواية الاصل** ان ولاية الاخ والعم اقوى
من ولاية الحاكم بدليل انهما يتقدمان عليه حتى لا يزوج الحاكم مع وجودهما
ثم ولايتهما غير ملزمة فولاية الحاكم اولى واذا ثبت الخيار لكل واحد
منهما وهو اختيار النكاح والفرقة فيقع الكلام بعد هذا في موضعين
احدهما في بيان وقت الخيار **والثاني** في بيان ما يبطل به الخيار اما
الاول فالخيار يثبت بعد البلوغ لا قبله حتى لو رضي بالنكاح قبل البلوغ
لا يعتبر ويثبت الخيار بعد البلوغ لان اهلية الرضا تثبت بعد البلوغ
لا قبله فيثبت الخيار بعد البلوغ لا قبله **واما الثاني** فما يبطل به
الخيار **نوعان** نص ودلالة **اما** النص فهو صريح الرضا بالنكاح نحو ان يقول
رضيت بالنكاح واخترت النكاح او اجزته وما يجري هذا المجرى
فيبطل خيار الفرقة ويلزم النكاح **واما الدلالة** فنحو السكوت من البكر
عقيب البلوغ لان سكوت البكر دليل الرضا بالنكاح لما ذكرنا فيما
تقدم ان البكر لغلبة حيائها تستحي عن اظهار الرضا بالنكاح فاما
سكوت الثيب فان كان وطئها قبل البلوغ فبلغت وهي ثيب فسكتت
عقيب البلوغ فلا يبطل به الخيار فانها لا تستحي عن اظهار الرضى بالنكاح
عادة لان بالثيابة قل حياؤها فلا يصلح سكوتها دليلا على الرضى

بالنكاح

بالنكاح فلا يبطل خيارها الا بصريح الرضا بالنكاح او بفعل او قول يدل على
الرضا نحو التمكين من الوطي وطلب المهر والنفقة وغير ذلك وكذا سكوت
الغلام عقيب البلوغ لان الغلام لا يستحي عن اظهار الرضا بالنكاح وذاك
دليل الرجولية فلا يسقط خياره الا بنص كلامه او ما يدل على الرضا بالنكاح
من الدخول بها وطلب التمكين منها وادرار النفقة عليها ونحو ذلك
ثم العلم بالنكاح شرط بطلان الخيار من طريق الدلالة حتى لو كانت لم تكن
عالمة بالنكاح لا يبطل الخيار ولان بطلان الموجود منها دلالة الرضى بالشي
قبل العلم به لا يتصور اذ هو استحسان الشي ومن لم يعلم الشي كيف
يستحسنه فاذا كانت عالمة بالنكاح ووجد منها دليل الرضى بالنكاح
بطل خيارها ولا يمتد هذا الخيار الى اخر المجلس بل يبطل بالسكوت من البكر
بخلاف خيار العتق وخيار المخيرة لان التخيير هناك وجد من العبد
وهو الزوج او المولى **اما** في الزوج فظاهر وكذا في المولى لان الخيار
يثبت بالعتق والعتق حصل باعتاقه والتخيير بصنع العبد بل
باثبات العبد فلم يكن تمليكا فلا يمتد الى اخر المجلس كخيار القبول في البيع
بخلاف خيار البلوغ لانه ما يثبت بصنع العبد بل باثبات الشرع فلم يكن
تمليكا فلا يمتد الى اخر المجلس وان لم تكن عالمة بالنكاح فلها الخيار
حتى تعلم بالنكاح فلها الخيار حين تعلم بالنكاح ثم خيار البلوغ يثبت
للذكر والانثى اذا كانت وخيار العتق لا يثبت الا للمعتقة لان خيار
البلوغ يثبت لقصور الولاية وذا لا يختلف بالذكورة والانوثة
وخيار العتق يثبت لزيادة الملك عليها بالعتق وذا يختص بها
وكذا خيار البلوغ للذكر والانثى اذا كانت الانثى ثيبا لا يبطل بالقيام
عن المجلس وخيار العتق والمخيرة يبطل **والفرق** على نحو ما ذكرنا
من خيار البكر وخيار العتق يثبت لزيادة الملك عليها بالعتق وذا
يختص بها وخيار المخيرة ان الاول يبطل بالسكوت والثاني لا يبطل
واما العلم بالخيار فليس بشرط والجهل به ليس بعذر لان دار الاسلام
دار العلم بالشرائع فيمكن الوصول اليها بالعلم فكان الجهل بالخيار
في غير موضعه فلا يعتبر ولهذا لا يعتبر ولهذا لا يعذر العوام في دار
الاسلام بجهلهم بالشرائع بخلاف خيار العتق فان العلم بالخيار
هناك شرط والجهل به عذر وان كان دار الاسلام دار العلم بالشرائع
والاحكام لان الوصول اليها ليس من طريق الضرورة بل بواسطة العلم
والامة لا يتمكن من التعلم لانها لا تتفرغ لذلك لاشتغالها بخدمة
مولاها بخلاف الحرة ثم اذا اختار احدهما الفرقة فهذه الفرقة لا تثبت
الا بقضاء القاضي بخلاف العتق فان المعتقة اذا اختارت نفسها

يثبت الفرقة بغير قضاء القاضي **وجه الفرق** ان اصل النكاح هاهنا
ثابت وحكمه نافذ وانما الفائت وصف الكمال وموصفة النزول فكان الفسخ من
احد الزوجين رفع الاصل بفوات الوصف وفوات الوصف لا يوجب رفع الاصل لما
فيه من جعل الاصل تبعا للوصف وليس له هذه الولاية وبه حاجة الى ذلك
فلا بد من رفعه الى من له الولاية العامة وهو القاضي ليرفع النكاح دفعا لحاجة
الصغير الذي بلغ ونظرا له بخلاف خيار العتق لان الملك ازداد عليها بالعتق
ولها ان لا ترضى بالزيادة وكان لها ان تدفع الزيادة ولا يمكن دفعها الا باندفاع
ما كان ثابتا فيندفع الثابت ضرورة دفع الزيادة وهذا يمكن اذ ليس بعض
الملك تابعا لبعض فلا تقع الحاجة الى قضاء القاضي **ونظير الفصلين** الرد بالعيب
قبل القبض وبعده ان الاول يثبت بدون قضاء القاضي والثاني لا يثبت عند عدم
التراضي منهما الا بقضاء القاضي والله اعلم ولو زوج ابنته من اجنبي فلا خيار لها
بالاجماع لان النكاح صدر من الاب واما ابن الاخ فله الخيار في قول ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله لصدور النكاح عن العم وعند ابي يوسف لا خيار له والمسئلة قد مرت
ولو اعتق امته ثم زوجها وهي صغيرة فلها خيار البلوغ ان ولاية الولا
دون ولاية القرابة فلما ثبت الخيار ثمه فلان يثبت هناك اولى ولو زوجها
ثم اعتقها وهي صغيرة فلها اذا بلغت خيار العتق لا خيار البلوغ لان النكاح
صادفها وهي رقيقة ولو زوجها ثم اعتقها وهي صغيرة فلما بلغت خيار
العتق لا خيار البلوغ لان النكاح صادفها وهي رقيقة **ومنها** كفاءة الزوج
في انكاح المراة الحرة البالغة العاقلة نفسها من غير رضا الاولياء بمهر مثلها
فيقع الكلام في هذا الشرط في اربعة مواضع **احدها** في بيان ان الكفاءة
في باب النكاح من شرط لزومه **والثالث** في بيان ما يعتبر فيه الكفاءة **والرابع**
في بيان من تعتبر له الكفاءة **اما الاول** فقد قال عامة العلماء انها شرط وقال
الكرخي ليست بشرط اصلا وهو قول مالك وسفيان الثوري والحسن البصري
واحتجوا ان ابا طيبة خطب الى بني بياضة فابوا ان يزوجوه فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم انكحوا ابا طيبة ان لا تفعلوا تكن فتنة في الارض وفساد
كبير **وروي** ان بلالا رضي الله عنه خطب الى قوم من الانصار فابوا ان يزوجوه
فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم قل لهم ان رسول الله يامركم ان
تزوجوني امرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتزويج عند عدم الكفاءة
ولو كانت معتبرة لما امر لان التزوج من غير الكفو غير مامور به وقال
صلى الله عليه وسلم ليس للعربي على عجمي فضل الا بالتقوى وهذا نص لان الكفاءة
لو كانت معتبرة في الشرع لكان اولى الابواب باعتبار باب الدماء لانه
يحتاط فيه ما لا يحتاط في سائر الابواب ومع هذا الحر يقتل بقتل الوضيع
فههنا اولى والدليل عليه انها لا تعتبر في جانب المراة فكذا في جانب

الزوج **ولنا** ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يزوج النساء الا
الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولا مهر اقل من عشرة دراهم ولان مصالح
النكاح تختل عند عدم الكفاءة لانها لا تحصل الا بالاستفراش والمراة
تستنكف عن استفراش غير الكفو وتتعير بذلك فتختل المصالح ولان
الزوجين يجري بينهما مباسطات في النكاح لا بقاء للنكاح بدون تحملها عادة والتحمل من
غير الكفو امر صعب يثقل على الطباع السليمة فلا يدوم النكاح بدون
تحملها عادة مع عدم الكفاءة فلزم اعتبارها ولا حجة لهم في الحديثين
لان الامر بالتزويج يحتمل انه كان ندبا لهم الى الافضل وهو اختيار
الدين والاقتصار عليه وهذا لا يمنع جواز الامتناع **وعندنا** الافضل
اعتبار الدين والاقتصار عليه وهذا لا يمنع جواز الامتناع وعندنا
ويحتمل انه كان امر ايجاب امره بالتزويج منهما مع عدم الكفاءة تخصيصا لهم
بذلك كما خص ابا طيبة بالتمكين من شرب دمه صلى الله عليه وسلم
وخص خزيمة بقبول شهادته وحده ونحو ذلك ولا شركة في موضع الخصوصية
حملنا الحديثين على ما قلنا توفيقا بين الدلايل واما الحديث الثالث
فالمراد منه احكام الاخرة اذ لا يمكن حمله على احكام الدنيا لظهور فضل
العربي على العجمي في كثير من احكام الدنيا فيحمل على احكام الاخرة وبه نقول
والقياس على القصاص غير سديد لان القصاص شرع لمصلحة الحياة
واعتبار الكفاءة فيه الى تفويت هذه المصلحة المطلوبة من النكاح من
الوجه الذي بينا فبطل الاعتبار وكذا الاعتبار بجانب المراة لا يصح ايضا
لان الرجل لا يستنكف عن استفراش المراة الدنية لان الاستنكاف من
المستفرش لا من المستفرش والزوج مستفرش والمراة مستفرشة
فيستفرش الوطي والخشن واما الثاني فالذي الكفاءة فيه شرط لزوم
هو انكاح المراة نفسها من غير رضا الاولياء حتى لو زوجت نفسها من
غير كفو من غير رضا الاولياء لا يلزم وللاولياء حق الاعتراض لان
في الكفاءة حقا للاولياء لانهم ينتفعون بذلك **الا ترى** انهم يتفاخرون
بعلو نسب الختن ويتعيرون بدناءة نسبه فيتضررون بذلك فكان لهم
ان يدفعوا الضرر عن انفسهم بالاعتراض كالمشتري اذا باع الشقص
المدفوع منه جاز للشفيع كان له ان يفسخ البيع وياخذ المبيع بالشفعة
دفعا للضرر عن نفسه كذا هذا ولو كان التزويج برضاهم يلزم حتى
لا يكون لهم حق الاعتراض لان التزويج من المراة تصرف من الاهل
في محل هو خالص حقها وهو نفسها وامتناع اللزوم كان لحقهم المتعلق
بالكفاءة فاذا رضوا فقد اسقطوا حق انفسهم وهم من اهل الاسقاط
والمحل قابل للسقوط فيسقط ولو رضي به بعض الاولياء سقط حق الباقين

في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف رحمه الله لا يسقط **وجه قوله** ان حقهم في الكفاءة
وجب مشتركا بين الكل فاذا رضي به احدهم فقد اسقط حق نفسه فلا يسقط حق الباقين كالدين اذا وجب
لجماعة فابرا بعضهم لا يسقط حق الباقين لما قلنا كذا هذا ولان رضى احدهم لا يكون اكثر من رضاها
بان زوجت نفسها من غير كفو بغير رضاهم لا يسقط حق الاولياء برضاها فلان لا يسقط برضى
احدهم اولى **ولهما** ان هذا حق واحد لا يتجزى ثبت بسبب لا يتجزى وهو القرابة واسقاط بعض
ما لا يتجزى اسقاط لكله لانه لا بعض له فاذا اسقطه واحد منهم لا يتصور بقاؤه في حق الباقين
كذا هذا ولان حقهم في الكفاءة ما ثبت لعينه بل لدفع الضرر والتزويج من غير كفو وقع اضرارا
بالاولياء من حيث الظاهر وهو ضرر عدم الكفاءة والظاهر انه لا يرضى به احدهم الا بعد علمه
بمصلحة حقيقية وهي اعظم من مصلحة الكفاءة وقف هو عليها وغفل عنها الباقون لولاها لما رضي وهي
دفع ضرر الوقوع في الزنا على تقدير الفسخ **واما** قوله الحق ثبت مشتركا بينهم **فنقول** على
الوجه الاول ممنوع بل ثبت لكل واحد منهم على الكمال كان ليس معه غيره لان ما لا يتجزى لا يتصور
فيه الشركة كحق القصاص والامان بخلاف الدين فانه متجزى فيتصور فيه الشركة بخلاف
ما اذا زوجت نفسها من غير كفو بغير رضا الاولياء لان هناك الحق متعدد فحقها خلاف
جنس حقهم لان حقها في نفسها وفي نفس العقد ولا حق لهم فيها ولا في نفس العقد وانما حقهم
واذا اختلف جنس الحق فسقوط احدهما لا يوجب سقوط الاخر **واما** على الوجه الثاني فمسلم
لكن هذا الحق ما ثبت لعينه بل لدفع الضرر وفي ابقائه لزوم اعلى الضررين فسقط ضرره
وكذلك الاولياء لو زوجوها من غير كفو برضاها يلزم النكاح لما قلنا ولو زوجها احد
الاولياء من غير كفو برضاها من غير رضا الباقين يجوز عند عامة العلماء خلافا لمالك
رحمه الله بناء على ان ولاية الانكاح ولاية مستقلة لكل واحد منهم عندنا وعنده ولاية
مشتركة في شرائط الجواز وهل يلزم **قال** ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله يلزم وقال ابو يوسف
وزفر والشافعي رحمهم الله لا يلزم **وجه قولهم** على نحو ما ذكرنا فيما تقدم ان الكفاءة حق
ثبت للكل على الشركة واحد الشريكين اذا اسقط حق نفسه لا يسقط حق صاحبه كالدين
المشترك **وجه قولهما** ان هذا حق واحد لا يتجزى ثبت بسبب لا يتجزى ومثل هذا الحق اذا ثبت
لجماعة ثبت لكل واحد منهم على الكمال كان ليس معه غيره كالقصاص والامان ولان اقدامه
على النكاح مع كمال الراي برضاها مع التزام ضرر ظاهر بالقبيلة وبنفسه وهو ضرر عدم
الكفاءة بلحوق العار والشين دليل كونه مصلحة في الباطن وهو اشتماله على دفع ضرر اعظم
من ضرر عدم الكفاءة وهو ضرر عار الزنا او غيره لولاه لما فعل **واما** انكاح الاب والجد
الصغير والصغيرة فالكفاءة فيه ليست بشرط للزومه عند ابي حنيفة رحمه الله كما انها
ليست بشرط الجواز عنده فيجوز ذلك ويلزم لصدوره ممن له كمال النظر لكمال الشفقة
بخلاف انكاح الاخ والعم من غير الكفو انه لا يجوز بالاجماع لانه ضرر محض على ما بينا
واما انكاحهما من الكفو فجائز عندنا خلافا للشافعي لكنه غير لازم في قول ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وعند ابي يوسف لازم وقد مرت المسئلة **واما الثالث** في بيان ما يعتبر
فيه الكفاءة اشياء **منها** النسب **والاصل** فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم قريش بعضهم

نكاح الاب الجد الصغيرة

اكفا لبعض

اكفا لبعض والعرب بعضهم اكفا لبعض حي بحي وقبيلة بقبيلة والموالي
بعضهم اكفا لبعض رجل برجل لان التفاخر والتعيير يقعان بالانساب
فيلحق النقيصة بدناءة النسب فيعتبر فيه الكفاءة فقريش بعضهم اكفا
لبعض على اختلاف قبائلهم حتى يكون القرشي الذي ليس بهاشمي كالتيمي
والاموي والعدوي وغير ذلك كفوا للهاشمي لقوله صلى الله عليه وسلم
قريش بعضهم اكفا لبعض وقريش لفضيلة قريش على سائر العرب
ولذلك اختصت الامامة بهم قال النبي صلى الله عليه وسلم الائمة
من قريش بخلاف القرشي انه يصلح كفوا للهاشمي وان كان للهاشمي من
الفضيلة من الفضيلة ما ليس للقرشي لكن الشرع اسقط اعتبار تلك
الفضيلة في باب النكاح عرفنا ذلك بفعل النبي صلى الله عليه وسلم
زوج ابنته من عثمان وكان امويا لا هاشميا وزوج علي رضي الله عنه
ابنته من عمر رضي الله عنه ولم يكن هاشميا بل عدويا فدل ان الكفاءة
في قريش لا تختص ببطن دون بطن ولا تكون الموالي اكفا للعرب لفضل
العرب على العجم والموالي بعضهم اكفا لبعض وموالي العرب اكفا لموالي
قريش لعموم قوله صلى الله عليه وسلم والموالي بعضهم اكفا لبعض
رجل برجل ثم مفاخرة العجم بالاسلام لا بالنسب ومن له اب واحد
في الاسلام لا يكون كفوا لمن له ابوان فصاعدا في الاسلام ومن له
ابوان في الاسلام يكون كفوا لمن له ابوان فصاعدا ثم مفاخرة العجم
بالاسلام يكون كفوا لمن له اباء كثيرة في الاسلام لان تمام التعريف
بالجد والزيادة على ذلك لا لحكاية لها **وقيل** هذا اذا كان في موضع
قد طال العهد بالاسلام وامتد فاما اذا في موضع كان عهد الاسلام
قريبا بحيث لا يعير بذلك ولا يعد عيبا لم يلحق الشين والنقيصة
فلا يتحقق الضرر **ومنها** الحرية لان النقص والشين بالرق فوق
النقص والشين بدناءة النسب
فلا يكون القن والمدبر والمكاتب كفوا للحرة بحال ولا يكون مولى
العتاقة كفوا للحرة الاصل ويكون كفوا لمثله ولان التفاخر يقع
بالحرة الاصلية والتعيير يجري في الحرية العارية المستفادة بالاعتاق
وكذا من له اب واحد في الحرية لا يكون كفوا لمن له ابوان فصاعدا
في الحرية ومن له ابوان في الحرية ومن له ابوان في الحرية كان كفوا
لمن له اباء كثيرة في الحرية كما في الاسلام الا ان التعريف بالاب
وتمامه بالجد وليس وراء التمام شيء وكذا مولى الوضيع لا يكون كفوا
لمولاة الشريف حتى لا يكون مولى العرب كفوا لمولى بني هاشم حتى لو زوجت
مولاة بني هاشم نفسها من مولى العرب كان لمعتقها حق الاعتراض

لان الولا بمنزلة النسب قال صلى الله عليه وسلم الولا لحمة كلحمة النسب

ومنها المال فلا يكون الفقير كفوا للغنية لان التفاخر بالمال اكثر من التفاخر بغيره عادة وخصوصا في زماننا هذا ولان للنكاح تعلقا بالمهر والنفقة تعلقا لازما فانه لا يجوز بدون المهر والنفقة لازمة ولا تعلق له بالنسب والحرية فلما اعتبرت الكفاة ثمه فلان يعتبر ههنا اولى والمعتبر فيه القدرة على مهر مثلها والنفقة ولا تعتبر الزيادة على ذلك حتى ان الزوج اذا كان قادرا على مهر مثلها ونفقتها يكون كفوا لها وان كان لا يساويها في المال هكذا روي عن ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف ومحمد في ظاهر الروايات وذكر في غير رواية الاصول تساويهما في الغنى شرط تحقق الكفاة في قول ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف لان التفاخر يقع في الغنى عادة والصحيح هو الاول لان الغنى لا ثبات له لان المال غاد ورايح فلا تعتبر المساواة في الغنى ومن لا يملك مهرا ولا نفقة لا يكون كفوا لان المهر عوض ما يملك بهذا العقد فلا بد من القدرة عليه وقيام الازدواج بالنفقة فلا بد من القدرة عليها ولان من لا قدرة له على المهر والنفقة يستحقر ويستهان في العادة كمن له نسب دني فتختل المصالح كما تختل عند دناة النسب وقيل المراد من المهر قدر المعجل عرفا وعادة دون ما في الذمة لان ما في الذمة يسامح فيه بالتاخير الى وقت اليسار ولا يطلب به للحال عادة والمال غاد ورايح **وروي** عن ابي يوسف رحمه الله انه اذا ملك النفقة يكون كفوا وان لم يملك المهر هكذا روى الحسن بن مالك عنه فانه روي انه قال سالت ابا يوسف عن الكفو فقال الذي يملك المهر والنفقة فقلت فان كان يملك المهر دون النفقة فقال لا يكون كفوا فقلت فان ملك النفقة دون المهر فقال يكون كفوا وانما كان كذلك لان المرء يعد قادرا على المهر بقدرة ابيه عادة ولهذا لم يجز دفع الزكاة الى ولد الغني اذا كان صغيرا وان كان فقيرا في نفسه لانه يعد غنيا بمال ابيه ولا يعد قادرا على النفقة بغنى ابيه لان الاب يتحمل المهر الذي على ابنه ولا يتحمل نفقة زوجته عادة وقال بعضهم اذا كان الرجل ذا جاه كالسلطان والعالم فانه يكون كفوا وان كان لا يملك من المال الا قدر النفقة لما ذكرنا ان المهر يجري فيه المسامحة بالتاخير الى وقت اليسار والمال يغدو ويروح وحاجة المعيشة تندفع بالنفقة **ومنها** الدين في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله حتى ان امراة من بنات الصالحين

اذا زوجت نفسها من فاسق كان للاولياء حق الاعتراض عندهما لان التفاخر بالدين احق من التفاخر بالنسب والحرية والمال والتعيير بالفسق اشد وجوه التعيير وقال محمد رحمه الله لا تعتبر الكفاه في الدين لان هذا من امور الاخرة والكفاة من احوال الدنيا فلا يقدح فيها الفسق الا اذا كان فاحشا بان كان الفاسق ممن يسخر منه ويضحك عليه ويصفع فان كان ممن يهاب منه بان كان اميرا فتيا لا يكون كفوا لان هذا الفسق لا يعد شينا في العادة فلا يقدح في الكفاة وعن ابي يوسف رحمه الله ان كان معلنا لا يكون كفوا وان كان مستترا يكون كفوا **واما** الحرفة فقد ذكر الكرخي رحمه الله ان الكفاة في الحرف والصناعات معتبرة عند ابي يوسف فلا يكون الحايك كفوا للجوهري والصيرفي وذكر ان ابا حنيفة بنى الامر فيها على عادة العرب ان مواليهم يعملون هذه الاعمال ولا يقصدون بها الحرف فلا يعيرون بها **واجاب** ابو يوسف على عادة اهل البلاد انهم يتخذون ذلك حرفة فيعيرون بالدني من الصنايع فلا يكون بينهم خلاف في الحقيقة وكذا ذكر محمد رحمه الله القاضي في شرح مختصر الطحاوي اعتبار الكفاة في الحرفة ولم يذكر الخلاف فتثبت الكفاة بين الحرفتين في جنس واحد كالبزاز مع البزاز والحايك مع الحايك وتثبت عند اختلاف جنس الحرف اذا كان يقارب بعضها بعضا كالبزاز مع الصايغ والصايغ مع العطار والحايك مع الحجام والحجام مع الدباغ ولا تثبت فيما لا مقاربة بينهما كالعطار مع البيطار والبزاز مع الخراز وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير ان الكفاة في الحرف معتبرة في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف غير معتبرة الا ان تكون فاحشة كالحياكة والحجامة والدباغة لانها ليست بامر لازم وواجب الوجود **الا ترى** انها يقدر على تركها وهذا يشكل بالحياكة واخواتها فانه قادر على تركها ومع هذا يقدح في الكفاة والله الموفق واهل الكفر بعضهم اكفا لبعض لان اعتبار الكفاة لدفع النقيصة ولا نقيصة اعظم من الكفر **واما** بيان من تعتبر له الكفاة فالكفاة تعتبر للنسا لا للرجال على انه تعتبر الكفاة في جانب الرجال ولا تعتبر في جانب النسا للرجال لان النصوص وردت بالاعتبار في جانب الرجال خاصة وكذا المعنى الذي شرعت له الكفاة يوجب اختصاص اعتبارها بجانبهم لان المراة هي التي تستنكف لا الرجل لانها هي المستفرشة واما الزوج فمستفرش فلا يلحقه الانفة من قبلها ومن مشايخنا من قال ان الكفاة في جانب النسا معتبرة ايضا عند ابي يوسف ومحمد استدلالا بمسيلة ذكرها في الجامع الصغير في باب الوكالة

يذكره

وهو ان امير امر رجلا ان يزوجه امراة فزوجه امة لغيره قال اجازه
عند ابي حنيفه رحمه الله وعندهما لا يجوز ولا دلالة في هذه المسئلة على ما
زعموا لان عدم الجواز عندهما يحتمل ان يكون لمعنى اخر وهو ان من اصلهما ان
التوكيل المطلق يتقيد بالعرف والعاده وينصرف الى المتعارف كما في الوكيل
بالبيع المطلق ومن اصل ابي حنيفه انه يجري على اطلاقه في غير موضع الضروره
والتهمه ويحتمل ان يكون لمعنى اخر وهو ان من اصلهما ان التوكيل المطلق ه
عدم الجواز عندهما لاعتبار الكفاءه في تلك المسئله خاصه حملا للمطلق
على المتعارف كما هو اصلهما اذ المتعارف هو التزويج بالكفو فاستحسنا
اعتبار الكفاءه في جانبهن في مثل هذه الصوره لمكان العرف والعاده وقد
نص محمد على القياس والاستحسان في تلك المسئله في وكالة الاصل
فلم تكن هذه المسئلة دليلا على اعتبار الكفاءه من جانبهن اصلا عندهما
ولا يكون دليلا على ذلك على الاطلاق بل في تلك الصوره خاصه استحسانا
للعرف ولو اظهر رجل نسبه لامراة فزوجت نفسها منه ثم ظهر نسبه
على خلاف ما اظهر فالامر لا يخلو اما ان يكون المكتوم مثل المظهر ه
واما ان يكون اعلى منه واما ان يكون ادون فان كان مثله بان اظهر انه
تميمي ثم ظهر انه قرشي فلا خيار لها لان الرضى بالشي يكون رضى بمثله وان كان
اعلى منه بان ظهر انه عربي ثم ظهر انه قرشي فلا خيار لها ايضا لان الرضى
بالادنى يكون رضى بالاعلى من طريق الاولى **وعن الحسن بن زياد**
ان لها الخيار لان الاعلى لا يحتمل منها ما يحتمل الادنى فلا يكون الرضى منها
بالمظهر رضا بالاعلى منه وهذا غير سديد لان الظاهر انها رضيت بالكفو
ثم ان كان الكفو لا يحتمل منها ما يحتمل غير الكفو لان غير الكفو ضرره اكثر
من نفعه فكان الرضى بالمظهر رضى بالاعلى منه من طريق الاولى ه
وان كان ادون منه بان اظهر انه قرشي ثم ظهر انه عربي فلها الخيار
وان كان كفوا لها بان كانت المراه عربيه لانها انما رضيت بشرط
الزياده وهي زياده مرغوب فيها ولم تحصل فلا تكون راضية
بدونها فكان لها الخيار **وروي** انه لا خيار لها لان الخيار لدفع النقص
ولا نقيصه لانه كفو لها هذا اذا فعل الرجل ذلك **فاما** اذا فعلت
المراه بان اظهرت امراة نسبها لرجل فتزوجها ثم ظهر بخلاف ه
ما اظهرت فلا خيار للزوج سوا تبين انها حرة او امه لان الكفاءة
في جانب النسا غير معتبره **ويتصل بهذا** ما اذا تزوج رجل
امراة على انها حره فولدت منه ثم اقام رجل البينه على انها امته
فان المولى بالخيار ان شا اجاز النكاح وان شا ابطله لان النكاح حصل
بغير اذن المولى وتوقف على اجازته ويغرم العقر لانه وطي جاريه غير

مملوكة

مملوكة له حقيقه فلا يخلو عن عقوبة او غرامة ولا سبيل الى ايجاب العقوبة
للشبهه فيجب الغرامه **واما** الولد فان كان المغرور حرا فالولد
حر بالقيمة لاجماع الصحابه رضي الله عنهم على ذلك فانه روي عن عمر رضي الله
عنه انه قضى بذلك بمحضر من الصحابه ولم ينقل انه انكر عليه احد فيكون
اجماعا ولان الاستيلاد حصل بناء على ظاهر النكاح اذ لا علم للمستولد
بحقيقة الحال فكان المستولد مستحقا للنظر والمستحق مستحق للنظر ايضا
لانه ظهر كون الجارية ملكا له فيجب مراعاة الحقين بقدر الامكان
فراعينا حق المستولد في صورة الاولاد رعاية للجانبين بقدر ه
الامكان وتعتبر قيمته يوم الخصومه لانه وقت وجوب سبب وجوب
الضمان وهو منع الولد عن المستحق له لانه علق عبدا في حقه ومنع
عنه يوم الخصومه ولو مات الولد قبل الخصومه لا يغرم قيمته لان
الضمان يجب بالمنع ولم يوجد المنع من المغرور ولانه لا صنع له في موته
وان كان الابن ترك مالا فهو ميراث لابيه لانه ابنه وقد مات حرا
فيرثه ولا يغرم للمستحق شيا لان الميراث ليس ببدل عن الميت وان كان
الابن قتله رجل واخذ الاب الديه فانه يغرم قيمته للمستحق لان
الديه بدل عن المقتول فيقوم مقامه كانه حي وان كان رجل ضرب بطن
الجاريه فالقت جنينا ميتا يغرم الضارب الغره خمسمايه ثم يغرم ه
المستولد للمستحق فان كان الولد ذكرا فنصف عشر قيمته وان كان
انثى فعشر قيمتها وان كان المغرور عبدا فالاولاد يكونون ارقا للمستحق
في قول ابي حنيفه رحمه الله وابي يوسف وعند محمد رحمه الله يكونون احرارا
ويكونون اولاد المغرور **وجه قول محمد** رحمه الله ان هذا ولد المغرور
حقيقه لانه خلق من مائه وولد المغرور حر بالقيمه باجماع الصحابه رضي الله
عنهم **ولهما** ان القياس ان يكون الولد ملك المستحق لان الجاريه
تبين انها ملكه فتبين ان الولد حدث على ملكه لان الولد يتبع الام
في الرق والحريه الا انا تركنا القياس باجماع الصحابه رضي الله
عنهم وهم انما قضوا بحرية الولد في المغرور الحر فبقي الامر في غيره
مردودا الى اصل القياس ثم المغرور هل يرجع بما غرم على الغار
فالغار لا يخلو اما ان يكون اجنبيا واما ان يكون مولى الجاريه
واما ان يكون هو الجاريه فان كان اجنبيا فان كان حرا فغره ه
بان قال تزوجها فانها حره او لم يامره بالتزويج ولكنه زوجها
على انها حره او قال هي حره وزوجها منه فانه يرجع على الغار ه
بقيمة الاولاد لانه صار ضامنا له ما يلحقه من الغرامه في ذلك
النكاح فيرجع عليه بحكم الضمان ولا يرجع عليه بالعقر لانه ضمنه

بفعل نفسه فلا يرجع على احد ولو قال هي حرة ولم يأمره بالتزوج ولم يزوجها منه لا يرجع على المخبر بشيء لان معنى الضمان والالتزام يتحقق بهذا وان كان الغار عبدا لرجل فان كان مولاه لم يأمره بذلك يرجع عليه بعد العتاق وان كان امره بذلك رجع عليه للحال الا اذا كان مكاتبا او مكاتبة فانه يرجع عليه بعد العتاق لان امر المولى بذلك لا يصح وان كان المولى هو الذي غره فلا يضمن المغرور من قيمة الاولاد شيئا لانه لو ضمن للمولى لكان له ان يرجع على المولى بما ضمن فلا يفيد وجوب الضمان وان كانت الامة هي التي غرته فان كان المولى لم يأمرها بذلك فان المغرور يرجع على الامة للحال لانه ظهر وجوبه في حق المولى **هذا** اذا غره احد فاما اذا لم يغره احد ولكن ظن انها حرة فتزوجها فاذا هي امة فانه لا يرجع بالعقر على احد لما قلنا والاولاد رقا لمولى الامة لان الجارية ملكه على ما بينا **ومنها** كمال مهر الحرة في نكاح الحرة العاقلة البالغة العاقلة نفسها من كفو بغير رضا الاوليا في قول ابي حنيفة حتى لو زوجت نفسها من كفوء باقل من مهر مثلها مقدار ما لا يتغابن الناس فيه بغير رضا الاوليا فللاوليا حق الاعتراض عنده فاما ان يبلغ الزوج الى مهر مثلها او يفرق بينهما **و**عند ابي يوسف ومحمد هذا ليس بشرط ويلزم النكاح بدونه حتى لا يثبت للاوليا حق الاعتراض **وهاتان المسئلتان** اعني هذه المسئلة والمسئلة المتقدمة عليها وهي اذا زوجت نفسها من غير كفو بغير رضا الاوليا لا شك انهما يتفرعان على اصل ابي حنيفة وزفر واحدى الروايتين عن ابي يوسف ورواية الرجوع عن محمد الى ان النكاح جائز واما على اصل ابي حنيفة محمد في ظاهر الرواية واحدى الروايتين عن ابي يوسف فلا يجوز هذا النكاح فيشكل التفريع فتصور المسئلة فيما اذا اذن المولى لها بالتزوج فزوجت نفسها من غير كفوء او من كفوء باقل من مهر مثلها وذكر في الاصل صورة اخرى **وهي** ما اذا اكره المولى المراة على النكاح من غير كفو او من كفوء باقل من مهر مثلها ثم زال الاكراه ففي المسئلة الاولى لكل واحد منهما اعني المراة والمولى حق الاعتراض وان رضي احدهما لا يبطل حق الاخر وفي المسئلة الثانية لها حق الاعتراض فان رضيت بالنكاح والمهر فللمولى ان يفسخ في قول ابي حنيفة رحمه الله وفي قول محمد وابي يوسف الاخر ليس له ان يفسخ وتصور المسئلة على اصل الشافعي فيما اذا امر الولي رجلا بالتزوج فزوجها من غير كفوء برضاها او من الكفو بمهر قاصر برضاها **وجه قول ابي يوسف** ومحمد رحمهما الله ان المهر

حقها

حقها على الخلوص كالثمن في البيع والاجرة في الاجارة فكانت هي بالتنقيص متصرفة في خالص حقها فيصح ويلزم كما اذا ابرات زوجها عن المهر عن الثمن في باب البيع والبيع بثمن بخس كذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله ان للاوليا حقا في المهر لانهم يفتخرون بغلاء المهر ويتعيرون ببخسه فيلحقهم الضرر بالبخس وهو ضرر التعيير فكان لهم دفع الضرر عن انفسهم بالاعتراض ولهذا ثبت لهم حق الاعتراض بسبب عدم الكفاءة وكذا هذا ولانها بالبخس عن مهر مثلها اضرت بنسائها قبيلتها لان مهر مثلهن عند تقادم العهد يعتبر بها فكانت بالنقص ملحقة الضرر بالقبيلة فكان لهم دفع هذا الضرر عن انفسهم بالفسخ والله اعلم **ومنها** خلو الزوج عن عيب الجب والعنة عند عدم الرضا من الزوجة بها عند عامة العلما وقال بعضهم عيب العنة لا يمنع لزوم النكاح **واحتجوا** بما روي ان امراة رفاعة اتت رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت يا رسول الله اني كنت تحت رفاعة فطلقني اخر التطليقات الثلاث وتزوجت عبد الرحمن بن الزبير فوالله ما وجدت معه الا مثل هدبة الهدبة فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال لعلك تريدين ان ترجعي الى رفاعة لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق من عسيلتك فوجه الاستدلال ان المراة ادعت العنة على زوجها ورسول الله صلى الله عليه وسلم لم يثبت لها الخيار ولو لم يقع النكاح لازما لا يثبت ولان هذا العيب لا يوجب فوات المستحق بالعقد بيقين فلا يوجب الخيار كسائر انواع العيوب بخلاف الجب فانه يفوت المستحق بالعقد بيقين **ولنا** اجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روي عن عمر رضي الله عنه قضى في العنين انه يؤجل سنة فان قدر عليها والا اخذت منه الصداق منه كاملا وفرق بينهما وعليها العدة وروي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه مثله وروي عن علي رضي الله عنه انه قال يؤجل سنة فان وصل والا فرق بينهما وكان قضاؤهم بحضور من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل انه انكر عليهم احد منهم فيكون اجماعا ولان الوطي مرة واحدة مستحق على الزوج للمراة بالعقد وفي الزام العقد عند تقرر العجز عن الوصول تفويت المستحق بالعقد عليها وهذا ضرر بها وظلم في حقها وقد قال الله تعالى ولا يظلم ربك احدا وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام فيؤدي الى التناقض وذلك محال ولان الله تعالى اوجب على الزوج الامساك بالمعروف والتسريح بالاحسان بقوله تعالى فامساك بمعروف او تسريح باحسان ومعلوم انه استيفا النكاح عليها مع كونها محرومة الحظ من الزوج ليس من الامساك

بالمعروف والتسريح بالاحسان بقوله فامساك بمعروف او تسريح باحسان
ومعلوم ان استيفا النكاح عليها مع كونها محرومة الحظ من الزوج ليس
من الامساك بالمعروف في شي فتعين عليه التسريح بالاحسان فان شرح
بنفسه والا ناب القاضي منابه في التسريح ولان المهر عوض في عقد النكاح
والعجز عن الوصول يوجب عيبا في العوض لانه يمنع من تاكده بيقين
لجواز ان تختصما الى قاض لا يرى تاكد المهر بالخلوة فيطلقها ويعطيها نصف
المهر فيتمكن في المهر عيب وهو عدم التاكد بيقين والعيب في العوض يوجب
الخيار كما في البيع ولا حجة لهم في الحديث لان تلك المقالة منها لم تكن دعوى
العنة بل كانت كناية عن معنى اخر وهو دقة القضيب والاعتبار بسائر العيوب
لا يصح لانها لا توجب فوات المستحق بالعقد لما نذكر في تلك المسئلة ان شاء
الله تعالى وهذا يوجب ظاهرا وغالبا لان العجز يتقرر بعدم الوصول في
مدة السنة ظاهرا فيفوت المستحق بالعقد ظاهرا فبطل الاعتبار
واذا عرفت هذا فاذا رفعت المراة زوجها وادعت انه عنين وطلبت
الفرقة فان القاضي يسأله هل وصل اليها او لم يصل فان اقر انه لم يصل
اليها اجله سنة سوا كانت المراة بكرا ام ثيبا وان انكر وادعى الوصول اليها
فان كانت المراة ثيبا فالقول قوله مع يمينه انه وصل اليها لان الثيابة
دليل الوصول في الجملة ثم المانع من الوصول من جهته عارض اذ الاصل هو
السلامة عن العيب فصار الظاهر شاهدا له الا انه يستحلف دفعا
للتهمة فان قالت انا بكر نظر اليها النسا وامراة واحدة تجزي لان البكارة
باب لا يطلع عليه الرجال وشهادة النسا بانفرادهن في هذا الباب مقبولة
للضرورة ويقبل فيه شهادة واحدة كشهادة القابلة على الولادة ولان
الاصل حرمة النظر الى العورة وهو العزيمة لقوله تعالى وقل للمومنات
يغضضن من ابصارهن ويحفظن فروجهن والرخصة بعذر مقتضيا بالواحدة
ولان الاصل انما قبل قول النسا فيه بانفرادهن لا يشترط فيه
كرواية الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والثنتان اوثق
لان غلبة الظن بخبر العدد اقوى فان قلن هي ثيب فالقول قول
الزوج مع يمينه لان البكارة فيها اصل وقد تفوت شهادتهن
بشهادة الاصل واذا ثبت انه لم يصل اليها اما باقراره او بظهور
البكارة اجله القاضي حولا لانه ثبت عنته والعنين يوجل سنة لاجماع
الصحابة رضي الله عنهم على ذلك لان عدم الوصول قبل التاجيل يحتمل
ان يكون للعجز عن الوصول ويحتمل ان يكون لبغضه اياها مع القدرة
على الوصول فيوجل حتى لو كان عدم الوصول للبغض يطاها في المدة ظاهرا
دفعا للعار والشين عن نفسه وان لم يطاها حتى مضت المدة

يعلم ان عدم الوصول كان للعجز واما التاجيل سنة فلان العجز عن الوصول
يحتمل ان يكون خلقه ويحتمل ان يكون من دا او طبيعة غالبة من الحرارة
او البرودة او الرطوبة مشتملة على الطبايع الاربعة لما يوافقه بعض
فصول السنة فيزول المانع ويقدر على الوصول **وروي** عن عبد الله
بن نوفل انه قال يوجل عشرة اشهر وهذا القول مخالف لاجماع الصحابة
فانهم اجلوا العنين سنة **وقد اختلف** الناس في عبد الله بن نوفل
انه صحابي او تابعي فلا يقدح خلافه في الاجماع مع الاحتمال ولان
التاجيل سنة لرجا الوصول في الفصول الاربعة ولا تكمل الفصول
الا في سنة تامة ثم يوجل سنة شمسية ولم يذكر الخلاف **ووجه هذا
القول** وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة ان الفصول الاربعة لا تكمل
الا بالسنة الشمسية اولى ولظاهر الرواية الكتاب والسنة **اما
الكتاب** فقوله تعالى يسئلونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس
والحج جعل الله بفضله ورحمته الهلال يعرف للخلق الاجال والاوقات
ومعرفا وقت الحج لانه لو حصل معرفة ذلك بالايام لاشتد حساب
ذلك عليهم ولتعذر عليهم معرفة السنين والشهور والايام
واما السنة فما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم خطب في الموسم
وقال في خطبته الا ان الزمان قد استدار كهيئته يوم خلق الله السموات
والارض السنة اثني عشر شهرا اربعة حرم ثلاث متواليات ذو القعدة
وذو الحجة والمحرم ورجب مضر الذي بين جمادي وشعبان ثلاثة
سرد وواحد فرد والشهر في اللغة اسم للهلال يقال رايت الشهر
اي رايت الهلال ثم قيل سمي شهرا لشهرته والشهرة للهلال فكان
تاجيل الصحابة رضي الله عنهم العنين سنة والسنة اثني عشر شهرا
والشهر اسم للهلال تاجيلا بالاهلة وهي السنة القمرية ضرورة
واول السنة حين يرافعان ولا يحتسب على الزوج ما قبل ذلك
لما روي ان عمر رضي الله عنه كتب الى شريح ان يوجل العنين سنة
من يوم يرتفع اليه ولما ذكرنا ان عدم الوصول قبل التاجيل
يحتمل ان يكون للعجز ويحتمل ان يكون الكراهته اياها مع القدرة على
الوصول فاذا اجله الحاكم فالظاهر انه لا يمتنع عن وطيها الا لعجزه
خشية العار والشين فاذا اجل فشهر رمضان يحتسب عليه
ولا يجعل له مكانه لان الصحابة رضي الله عنهم اجلوا العنين سنة واحدة
مع علمهم بان السنة لا تخلو عن شهر رمضان ومن زمان الحيض فلو لم
يكن ذلك محسوبا من المدة لاجلوا زيادة على سنة ولو مرض الزوج
في المدة مرضا لا يستطيع معه الجماع او مرضت هي فان استوعب المرض

السنة كلها يستانف له سنة اخرى وان لم يستوعب فقد روي بن سماعة عن
ابي يوسف ان المرض ان كان نصف شهر او اقل احتسب عليه وان كان اكثر
من نصف شهر لم يحتسب عليه بهذه الايام ويجعل له مكانها وكذلك الغيبة
وروي بن سماعة عنه رواية اخرى انه اذا صح في السنة يوما او يومين
او صحت هي احتسبت عليه بالسنة وروي بن سماعة عن محمد ان المرض ان كان
اقل من شهر يحتسب به عليه وان كان شهرا فصاعدا لا يحتسب عليه بايام
المرض ويجعل له مكانها والاصل في هذا ان قليل المرض مما لا يمكن
اعتباره لان الانسان لا يخلوا عن ذلك عادة ويمكن اعتبار الكثير فجعل
ابو يوسف على احدى الروايتين وهي الرواية الصحيحة عنه نصف الشهر
وما دونه قليلا والاكثر من النصف كثيرا استدلالا بشهر رمضان
فانه محسوب عليه ومعلوم انه انما يقدر على الوطي في الليالي دون
الشهر والليالي دون الشهر يكون نصف شهر وكان ذلك دليلا على
ان المانع اذا كان نصف شهر فما دونه معتد به وهذا الاستدلال
يوجب الاعتداد بالنصف فما دونه اما لا ينفي الاعتداد بما فوقه
واما على الرواية الاخرى فنقول لما صح زمانا يمكن الوطي
فيه فاذا لم يطأ فالتقصير جاء من قبله فيجعل كانه صح جميع السنة
بخلاف ما اذا مرض جميع السنة لانه لم يجد زمانا يتمكن من الوطي
فيه فتعذر الاعتداد بالسنة في حقه ومحمد رحمه الله جعل ما دون
الشهر قليلا والشهر فصاعدا كثيرا لان الشهر ادنى الاجل واقصى
العاجل فكان في حكم الكثير وما دونه في حكم القليل وقال ابو يوسف
رحمه الله ان حجت المراة حجة الاسلام بعد التاجيل لم يحتسب على الزوج
مدة الحج لانه لا يقدر على منعها من حجة الاسلام شرعا فلم يتمكن
من الوطي فيها شرعا وان حج الزوج احتسبت المدة عليه لانه يقدر
على ان يخرجها مع نفسه او يؤخر الحج لان جميع العمر وقته وقال محمد رحمه الله
ان خاصمته وهو محرم يؤجل سنة بعد الاحلال لانه لا يتمكن من الوطي
شرعا مع الاحرام فتعتبر المدة من وقت تمكن الوطي فيه شرعا وهو ما
بعد الاحلال وان خاصمته وهو مظاهر فان كان يقدر على الاعتاق
اجل سنة من حين الخصومة لانه اذا كان قادرا على الاعتاق كان
قادرا على الوطي بطريق بتقدم الاعتاق كالمحدث قادر على الصلاة
بتقديم الطهارة وان كان لا يقدر على ذلك اجل اربعة عشر شهرا
لانه يحتاج الى تقديم صوم شهرين ولا يمكنه الوطي فيهما فلا يعتد منهما
من الاجل ثم يمكنه الوطي بعدهما فان اجل سنة وليس بمظاهر ثم ظاهر
في السنة لم يزد على المدة بشيء لانه كان يقدر على ترك الظهار فلما ظاهر

فقد

فقد منع نفسه عن الوطي باختياره فلا يجوز اسقاط حق المراة وان كانت
امراة العنين رتقا او قرنا لا يؤجل لانه لا حق للمراة في الوطي لوجود المانع
من الوطي فلا معنى للتاجيل وان كان الزوج صغيرا لا يجامع مثله
والمراة كبيرة ولم تعلم المراة فطالبت بالتاجيل لا يؤجل بل ينتظر
الى ان يدرك فاذا ادرك يؤجل سنة لانه اذا كان يؤجل لا يجامع لا يفيد
التاجيل لان حكم التاجيل اذا لم يصل اليها في المدة وهو ثبوت خيار
الفرقة وفرقة العنين طلاق والصبي لا يملك الطلاق ولان للصبي
زمانا يوجد منه الوطي فيه ظاهرا وغالبا وهو ما بعد البلوغ فلا يؤجل
للحال وان كان الزوج كبيرا مجنونا فوجدته عنينا قالوا انه لا يؤجل
كذا ذكر الكرخي لان التاجيل للتفريق عند عدم الدخول وفرقة
العنين طلاق والمجنون لا يملك الطلاق وذكر القاضي
في شرح مختصر الطحاوي انه ينتظر حولا ولا ينتظر الى افاقته
بخلاف الصبي لان الصغر مانع من الوصول فينتظر الى ان يزول الصغر
ثم يؤجل سنة واما المجنون فلا يمنع الوصول لان المجنون يجامع
فيؤجل للحال والصحيح ما ذكره الكرخي انه لا يؤجل اصلا لما ذكرنا
واذا مضى اجل العنين فسال القاضي ان يؤجله سنة اخرى
لم يفعل الا برضا المراة لانه قد ثبت لها حق التفريق وفي التاجيل
تاخير حقها ثم اذا اجل العنين سنة وتمت المدة فان اتفقا على
انه قد وصل اليها فهي زوجته ولا خيار لها وان اختلفا وادعت
انه لم يصل اليها وادعى الزوج الوصول فان كانت المراة ثيبا
فالقول قوله مع يمينه لما قلنا وان كانت بكرا نظر اليها النساء
فان قلن هي بكر فالقول قولها وان قلن هي ثيب فالقول قوله
مع يمينه لما قلنا وكيف كانت ذكرنا وان وقع للنساء شك في امرها
فانها تمتحن واختلف المشايخ في طريق الامتحان قال بعضهم
تؤمر بان تبول فان امكنها ترمي ببولها على الجدار فهي بكر وان لا
فهي ثيب وقال بعضهم تمتحن ببيضة الديك فان وسعت فيها فهي ثيب
وان لم تسع فيها فهي بكر واذا ثبت انه لم يطاها اما باعترافه واما
بظهور البكارة فان القاضي يخيرها لان الصحابة رضي الله عنهم
خيروا امراة العنين ولنا بهم قدوة فان شاءت اختارت الفرقة
وان شاءت اختارت الزوج اذا اجتمعت شرائط ثبوت الخيار
فيقع الكلام في الخيار في مواضع في بيان ثبوت الخيار وفي بيان ما
يبطله اما شرائط الخيار فمنها عدم الوصول الى هذه المراة اصلا
ورأسا في هذا النكاح حتى لو وصل اليها مرة واحدة فلا خيار لها

مطلب امتحان الثيابة والبكارة

لانه وصل اليها حقها بالوطء مرة واحدة والخيار لتفويت الحق المستحق ولم يوجد
فان وصل الى غير امرأته التي اجل لها كان وصل الى غيرها قبل ان يرافعه
فوصوله الى غيرها لا يبطل حقها في التأجيل والخيار لانه لم يصل اليها حقها فكان
لها التأجيل والخيار **ومنها** ان تكون عالمة بالعيب وقت النكاح حتى لو
تزوجته وهي تعلم انه عنين فلا خيار لها لانها اذا كانت عالمة بالعيب كذا
التزوج فقد رضيت بالعيب كالمشتري اذا كان عالما بالعيب عند البيع
والرضا بالعيب يمنع الرد كما في البيع وغيره فان تزوجته وهي لا تعلم فوصل
اليها مرة ثم عن ففارقته ثم تزوجته بعد ذلك فلم يصل اليها فلها الخيار لان
هذا العجز لم يتحقق فلم تكن راضية بالعيب والوصول في احدى العقدين
لا يبطل حقها في العقد الثاني فان اجله القاضي فلم يصل ففرق بينهما
ثم تزوجها فلا خيار لها لان العيب قد تقرر بعدم الوصول في المدة فتقرر
العجز بعدم الوصول في المدة فتقرر العجز فكان التزوج بعد استقرار
العيب والعلم به دليل الرضى بالعيب واما حكم الخيار فهو تخيير بين الفرقة
وبين النكاح فان اختارت الفرقة وان شاءت اختارت الزوج فاذا
اختارت المقام مع الزوج بطل حقها ولم يكن لها خصومة في هذا النكاح
ابدا لما ذكرنا انها رضيت بالعيب فيسقط خيارها وان اختارت الفرقة
فرق القاضي بينهما كذا ذكر الكرخي ولم يذكر الخلاف وظاهر هذا الكلام
يقتضي ان لا تقع الفرقة بينهما كذا ذكر الكرخي ولم يذكر الخلاف وذكر
بنفس الاختيار وذكر القاضي في شرح مختصر الطحاوي انه يقع
الفرقة بنفس الاختيار في ظاهر الرواية ولا يحتاج الى القضاء كخيار
المعتقة وخيار المخيرة **وروى** الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا تقع الفرقة
ما لم يقل القاضي فرقت بينهما وجعله بمنزلة خيار البلوغ هكذا ذكر
وذكر في بعض المواضع ان قول ابي حنيفة ما روى الحسن عنه وما ذكر
في ظاهر الرواية قولهما **وجه رواية الحسن** ان هذه الفرقة
فرقة بطلاق بلا خلاف بين اصحابنا وانما الخلاف فيه للشافعي فانها
فسخ عنده والمسألة تأتي في موضعها ان شاء الله تعالى من هذا الكتاب
والمرأة لا تملك الطلاق وانما يملكه الزوج الا ان القاضي يقوم
مقام الزوج ولان هذه الفرقة يختص بسببها القاضي وهو التأجيل
لان التأجيل لا يكون الا من القاضي فكذا الفرقة المتعلقة به كفرقة
اللعان **وجه المذكور في ظاهر الرواية** ان تخيير المرأة من القاضي
تفويض الطلاق اليها فكان اختيارها الفرقة تفريقا من القاضي
من حيث المعنى لا منها والقاضي يملك ذلك لقيامه مقام الزوج وهذه
الفرقة تكون تطليقة بائنة لان الغرض من هذا التفريق تخليصها

من

من زوج لا يتوقع منه ايفاء حقها دفعا للظلم والضرر عنها وذا لا يحصل الا
بالبائن لانه لو كان رجعيا يراجعها الزوج من غير رضاها فيحتاج الى
التفريق ثانيا وثالثا فلا يفيد التفريق فائدته ولها المهر وعليها
العدة بالاجماع ان كان الزوج قد خلا بها وان كان لم يخل بها فلا عدة
عليها ولها نصف المهر ان كان مسمى والمتعة ان لم يكن مسمى واذا
فرق القاضي بالعنة ووجبت العدة فجاءت بولد من وقت الطلاق
ما بينها وبين سنتين لان المعتدة اذا جاءت بولد من وقت الطلاق
الى سنتين لزمه الولد حتى يثبت النسب لانه حكم بوجوب العدة
حكم بشغل العدة الرحم وشغل الرحم يمتد الى سنتين عندنا فيثبت النسب
الى سنتين فان قال الزوج كنت قد وصلت اليها فان ابا يوسف قال
يبطل الحاكم الفرقة وكفى بالولد شاهدا ومعنى هذا الكلام انه لما ثبت النسب
فقد ثبت الدخول وانه يوجب ابطال الفرقة ولانه لو شهد شاهدان
بالدخول بعد تفريق القاضي لابطل الفرقة فكذا اذا ثبت النسب
لان شهادة النسب على الدخول اقوى من شهادة شاهدين عليه
وكذلك فرق القاضي بينها وبين المجبوب فجاءت بولد ما بينها
وبين سنتين ثبت نسبه لان طلاق المجبوب توجب العدة والنسب
يثبت من المجبوب الا انه لا يبطل الفرقة ههنا لان ثبوت النسب
من المجبوب لا يدل على الدخول لانه لا يتصور منه حقيقة وانما يقذف
بالماء فكان العلوق بقذف الماء فاذا لم يثبت الدخول لم تبطل
الفرقة لان الشهادة على اقرارها بمنزلة اقرارها عند القاضي
فان فرق بالعنة فاقام الزوج البينة على اقرار المرأة قبل الفرقة
انه قد وصل اليها ابطل الفرقة لان الشهادة على اقرارها بمنزلة
اقرارها عند القاضي ولو كانت اقرت قبل التفريق لم يثبت حكم
الفرقة فكذا اذا شهد على اقرارها فان اقرت بعد الفرقة
انه قد كان وصل اليها قبل الفرقة لم تبطل الفرقة لان اقرارها
تضمن بطلان قضاء القاضي فلا تصدق على القاضي في ابطال
قضائه فلا يقبل وان كان زوج الامة عنينا فالخيار في ذلك الى
المولى عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله
الخيار الى الامة **وجه قوله** ان الخيار انما ثبت لفوات الوطء
وذلك حق الامة فكان الخيار اليها كالحرة **ولهما** ان المقصود
من الوطء هو الولد والولد ملك المولى وصح ولان اختيار الفرقة
والمقام مع الزوج تصرف منها على نفسها ونفسها وجميع اجزائها
ملك المولى فكان ولاية التصرف له واما بيان ما يبطل به الخيار

ثم ما يبطل به الخيار نوعان **نص ودلالة** فالنص التصريح باسقاط الخيار
وما يجري مجراه نحو ان يقول اسقطت الخيار او رضيت بالنكاح او اخترت
النكاح او الزوج سواء كان ذلك بعد تخيير القاضي او قبله **والدلالة**
هي ان تفعل ما يدل على الرضا بالمقام مع الزوج بان خيرها القاضي
فاقامت مع الزوج مع مطاوعة في المضجع وغيره لكن لان ذلك
دليل الرضا بالنكاح والمقام مع الزوج ولو فعلت ذلك بعد مضي الاجل
قبل تخيير القاضي لم يكن ذلك رضا لان اقامتها معه بعد المدة قد تكون
لاختياره وقد تكون للاختيار بحاله فلا يكون دليل الرضا مع الاحتمال
وهل يبطل خيارها بالقيام عن المجلس ذكر الكرخي ان ابن سماعة وبشر روى
عن ابي يوسف اذا خيرها الحاكم فقامت من مجلسها قبل ان تختار او قام
الحاكم او اقامها عن مجلسها بعض اعوان القاضي ولم تقل شيئا فلا
خيار لها وهذا يدل على ان خيارها يتقيد بالمجلس وهو مجلس
التخيير ولم يذكر الخلاف وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي
انه لا يقتصر على المجلس في ظاهر الرواية **وروي** عن ابي يوسف
ومحمد انهما قالا لا يقتصر كخيار المخيرة **وجه ما روي** عن ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله ان تخيير القاضي ههنا قام مقام تخيير الزوج فهو كخيار
المخيرة بتخيير الزوج تبطل بقيامها عن المجلس فكذا خيارها هذه وكذا
اذا قام الحاكم عن المجلس قبل ان تختار لان مجلس التخيير قد بطل
بقيام الحاكم وكذا اذا اقامها عن مجلسها بعض اعوان القاضي
قبل الاختيار لانها كانت قادرة على الاختيار قبل الاقامة
فدل امتناعها مع القدرة على الرضا بالنكاح **وجه ظاهر الرواية**
وهو الفرق بين هذا الخيار وبين خيار المخيرة ان خيار المخيرة
انما اقتصر على المجلس لان الزوج بالتخيير ملكها الطلاق اذ المالك
للشيء هو الذي يتصرف فيه باختياره ومشيئته فكان التخيير من الزوج
تمليكا من الطلاق اذ المالك للشيء يتصرف وجواب التمليك يقتصر على
المجلس لان المملك يطلب جواب التمليك في المجلس عادة ولهذا يقتصر
القبول على المجلس في البيع كذا ههنا والتخيير من القاضي تفويض
الطلاق وليس بتمليك لانه لا يملك الطلاق بنفسه لان الزوج ما
ملكه الطلاق وانما فوض اليه التطليق وولاه ذلك فكان تفويضا
لا تمليكا واذا لم يملكه بنفسه فكيف يملكه من غيره فهو الفرق
بين التخييرين والله اعلم والموجود والخصي في جميع ما وصفنا مثل
العنين لوجود الالة في حقهما فكانا كالعنين وكذلك الخنثى واما
المجبوب فانه اذا عرف انه مجبوب اما باقراره او بالمس فوق الازار

فان

فان كانت المراة عالمة بذلك وقت النكاح فلا خيار لها لرضاها بذلك
وان لم تكن علمت به فانها تخير للحال ولا يؤجل حولا لان التاجيل لرجاء
الوصول ولا يرجى منه الوصول فلم يكن التاجيل مفيدا فلا يؤجل واذا
اختارت الفرقة وفرق القاضي بينهما او لم يفرق على الاختلاف
الذي ذكرنا فلها كمال المهر وعليها العدة اذا كان قد خلا بها في قول
ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لها نصف المهر وعليها كمال العدة وان
كان لم يخل بها فلها نصف المهر ولا عدة عليها بالاجماع وقد ذكرنا
ذلك فيما تقدم واما خلو الزوج عما سوى هذه العيوب الخمسة
من الجب والعنة والتاخذ والخصي والخنوثة فهل هو شرط لزوم
النكاح قال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله ليس بشرط ولا يفسخ
النكاح به وقال محمد رحمه الله خلوه عن كل عيب لا يمكنها المقام معه
الا بضرر كالجنون والجذام والبرص شرط لزوم النكاح حتى يفسخ
به النكاح وخلوه عما سوى ذلك ليس بشرط وهو مذهب الشافعي
وجه قول محمد رحمه الله ان الخيار في العيوب الخمسة انما يثبت لدفع الضرر
عن المراة لان الزوج وان كان يتضرر بها لكنه يمكنه دفع الضرر عن
نفسه بالطلاق لان الطلاق بيده والمراة لا يمكنها ذلك لانها لا تملك
الطلاق فتعين الفسخ طريقا لدفع الضرر عن نفسه بالطلاق
ولهما ان الخيار في تلك العيوب ثبت لدفع ضرر فوات حقها
المستحق بالعقد وهو الوطء مرة واحدة وهذا الحق لم يثبت
لهذه العيوب لان الوطء يتحقق من الزوج مع هذه العيوب
فلا يثبت الخيار هذا في جانب الزوج واما في جانب المراة
فخلوها عن العيب ليس بشرط للزوم النكاح بلا خلاف بين اصحابنا
حتى لا يفسخ النكاح بشيء من العيوب الموجودة فيها **وقال** الشافعي
رحمه الله خلو المراة عن خمس عيوب بها شرط اللزوم ويفسخ النكاح
بها وهي الجنون والجذام والبرص والرتق والقرن
واحتج بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال فر من المجذوم
فرارك من الاسد والفسخ طريق الفرار ولو لزم النكاح لما
امر بالفرار **وروي** انه صلى الله عليه وسلم تزوج امراة فوجد
بياضا في كشحها فردها وقال لها الحقي باهلك ولو وقع النكاح
لازما لما رد ولان مصالح النكاح لا تقوم مع هذه العيوب او تختل
لان بعضها مما ينفر عنه الطباع السليمة وهو الجنون والجذام
والبرص فلا تحصل الموافقة فلا تقوم المصالح او تختل وبعضها مما
يمنع من الوطء وهو الرتق والقرن وعليه مصالح النكاح يقف حصولها

والولد

على الوطي فان العفة عن الزنا والسكن لا يحصل الا بالوطي ولهذا ثبت الخيار
في العيوب الخمسة كذا ههنا **ولنا** ان النكاح لا ينفسخ بسائر العيوب
فلا ينفسخ بهذه العيوب ايضا الا ان المعنى يجمعها وهو ان العيب لا يفوت
ما هو حكم العقد من جانب المراة وهو الازدواج الحكمي وملكه
الاستمتاع وانما يختل ويفوت به بعض ثمرات العقد وفوات جميع ثمرات
العقد لا يوجب حق الفسخ بان مات احد الزوجين عقيب العقد حتى
يجب عليه كمال المهر ففوات بعضها اولى وهذا لان الحكم الاصلي للنكاح
هو الازدواج الحكمي وملك الاستمتاع شرع موكدا له والمهر يقابل
احداث هذا الملك وبالفسخ لا يظهر ان احداث الملك لم يكن فلا يرتفع
ما يقابل وهو المهر فلا يجوز الفسخ ولا شك ان هذه العيوب لا تمنع
من الاستمتاع **واما الحديث الاول** فنقول بموجبه انه يوجب الاجتناب
عنه والفرار لكن بالطلاق لا بالفسخ وليس فيه تعيين طريق
الاجتناب والفرار **واما الثاني** فالصحيح من الرواية انه قال الحقي
باهلك وهذا من كنايات الطلاق عندنا والكلام في الفسخ والرد
المذكور فيه قول الراوي فلا يكون حجة او نحمله على الرد بالطلاق عملا
بالدلائل صيانة لها عن التناقض والله الموفق وخلو النكاح عن
خيار الرؤية ليس بشرط للزوم النكاح حتى لو تزوج امراة ولم
يرها لا خيار له اذا راها بخلاف البيع وكذا خلوه عن خيار الشرط
سواء جعل الخيار للزوج او للمراة او لهما ثلثة ايام او اقل او اكثر
حتى لو تزوج بشرط الخيار بطل الشرط وجاز النكاح واما الثاني بشرط
بقاء النكاح لازما **نوعان** نوع يتعلق بالزوج في طلاق زوجته
ونوع يتعلق بالمولى في نكاح امته **اما** الذي يتعلق بالزوج في
نكاح زوجته فعدم تمليكه النكاح منها او من غيرها بان يقول لامراته
اختاري او امرك بيدك ينوي الطلاق او طلقي نفسك او انت طالق
ان شئت او يقول لرجل طلق امراتي ان شئت وكذا عدم التعليق
بشرط او الاضافة الى وقت لانه بالتمليك جعل النكاح بحال لا يتوقف
زواله على اختيارها وفعل الجعل وكذا بالتعليق والاضافة
وهذا معنى عدم بقاء النكاح **واما** ما يتعلق بالمولى في نكاح امته فهو
ان لا يعتق امته المنكوحة حتى لو اعتقها لا يبقى العقد لازما وكان لها
الخيار وهو المسمى بخيار العتاقة **والكلام** فيه في مواضع **في** بيان شرط
ثبوت هذا الخيار **وفي** بيان وقت ثبوته **وفي** بيان ما يبطل به **اما الاول**
فلثبوت هذا الخيار شرائط **منها** وجود النكاح وقت الاعتاق حتى لو
اعتقها ثم زوجها من انسان فلا خيار لها لانعدام النكاح وقت الاعتاق

ولو

ولو اعتقها ثم زوجها وهي صغيرة فلها خيار البلوغ لا خيار العتق لما
قلنا **ومنها** ان يكون التزويج نافذا حتى لو زوجت الامة نفسها من انسان
بغير اذن مولاها ثم اعتقها المولى فلا خيار لها لانعدام النكاح وقت
الاعتاق ولو اعتقها ثم زوجها وهي صغيرة واما كون الزوج رقيقا وقت
الاعتاق فهل هو شرط ثبوت الخيار لها قال اصحابنا رحمهم الله تعالى
ليس بشرط ويثبت الخيار لها سواء كان زوجها عبدا او حرا وقال الشافعي
رحمه الله شرط ولا خيار لها اذا كان زوجها حرا **احتج** بما روي عن عائشة
رضي الله عنها انها قالت زوج بريرة كان عبدا فخيرها رسول الله صلى
الله عليه وسلم ولو كان حرا ما خيرها وهذا نص في الباب والظاهر
انها انما قالت ذلك سماعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان
الخيار في العبد انما ثبت لدفع الضرر وهو ضرر عدم الكفاءة وضرر
نفقة الاولاد وضرر نقصان المعاشرة لكون العبد مشغولا
بخدمة المولى وشيء من ذلك لم يوجد في الحر فلا يثبت الخيار **ولنا**
ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لبريرة حين اعتقت
ملكت بضعك فاختاري وروي ملكت نفسك والاستدلال به من
وجهين احدهما بنصه والاخر بعلة النص **اما الاول** فهو انه خيرها
رسول الله صلى الله عليه وسلم حين اعتقت وقد روي ان زوجها كان حرا
فان قيل روينا عن عائشة رضي الله عنها ان زوجها كان عبدا فتعارضت
الروايتان فسقط الاحتجاج بهما **فالجواب** ان ما رويناه مثبت
للحرية وما رويتم مبقي للرق والمثبت اولى لان البقاء قد يكون باستصحاب
الحال والثبوت يكون بناء على الدليل لا محالة فمن قال كان عبدا احتمل
انه اعتمد استصحاب الحال ومن قال كان حرا بنى الامر على الدليل
لا محالة فصار كالمزكيين جرح احدهما شاهدا والاخر زكاه انه يوخذ
بقول الجارح لما قلنا كذا هذا ولان ما رويناه موافق للقياس وما
رويتم له مخالف لما نذكر فالموافق للقياس اولى **واما الثاني**
فقول النبي صلى الله عليه وسلم جعل ملكها بضعها او امرها او نفسها
علة لثبوت الخيار لها لانه اخبر انها ملكت بضعها ثم اعقبه باثبات
الخيار لها بحرف التعقيب وملك الخيار لها ملكها نفسها موثر في رفع
الولاية في الجملة لان الملك اختصاص ولا اختصاص مع ولاية الغير
والحكم اذا ذكر عقيب وصف له اثر في الجملة من جنس ذلك الحكم في
الشرع كان ذلك تعليقا لذلك الحكم بذلك الوصف في اصول الشرع
كما في قوله تعالى فاقطعوا ايديهما **وقوله** الزانية والزاني فاجلدوا
كل واحد منهما مائة جلدة وكما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم

سهى فسجد وروي ان ماعزا زنى فرجم ونحو ذلك والحكم يتعمم بعموم العلة ولا يتخصص
بخصوص المحل كما في سائر العلل الشرعية والعقلية فزوج بريرة وان كان عبدا
لكن النبي صلى الله عليه وسلم لما بنى الخيار فيه على معنى عام وهو ملك بضعها يعتبر
عموم المعنى لا خصوص المحل والله الموفق ولان بالاعتاق يزداد ملك النكاح
عليها لانه يملك عليها عقدة زائدة لم يكن يملكها قبل الاعتاق بنا على ان الطلاق
بالنساء على اصل اصحابنا والمسئلة فريعة ذلك الاصل ولها ان لا ترضى ولها
ولاية دفع الضرر عن نفسها ولا يمكنها دفع الزيادة الا برفع اصل النكاح
فيثبت لها ولاية رفع النكاح وفسخه ضرورة دفع الزيادة وقد خرج
الجواب عن قوله انه لا ضرر فيه لما بينا من وجه الضرر لانه لو لم يثبت لها
الخيار وبقي النكاح لازما لادى ذلك الى ان يستوفي الزوج منافع بضع
حرة جبرا ببدل استحقه غيرها بالعقد وهذا لا يجوز كما لو كان الزوج عبدا
ولان القول ببقا هذا النكاح لازما يودي الى استيفا منافع بضع الحرة
وهي حرة جبرا عليها من غير رضاها ببدل استحقه مولاها وهذا
لا يجوز لهذا المعنى ثبت الخيار اذا كان زوجها عبدا كذا اذا كان حرا
وكذا اختلف في ان كونها رقيقة وقت النكاح هل هو شرط ام لا فقال ابو
يوسف رحمه الله ليس بشرط ويثبت لها الخيار سوا كانت رقيقة وقت
النكاح فاعتقها المولى او كانت حرة وقت النكاح ثم طرى عليها الرق
فاعتقها حتى ان الحربية اذا تزوجت مسلما ثم ارتدا ولحقا بدار الحرب
ثم سبيت وزوجها معا فاسلما ثم اعتقت الامة فهو على الاختلاف
محمد رحمه الله تعالى فرق بين الرق الطاري على النكاح وبين المقارن
اياه وابو يوسف رحمه الله سوى بينهما **وجه الفرق لمحمد رحمه الله**
انها اذا كانت رقيقة وقت النكاح فالنكاح ينعقد موجبا للخيار عند
الاعتاق واذا كانت حرة فنكاح الحرة لا ينعقد موجبا للخيار
فلا يثبت الخيار بطريان الرق بعد ذلك لانه لا يوجب خللا في الرضا
ولابي يوسف رحمه الله ان الرضا يثبت ولان زيادة الملك تثبت به
لانها موجب العتق والعتق موجب الاعتاق ولا يثبت النكاح لان
النكاح السابق ما انعقد موجبا للزيادة لانه صادف الامة
ونكاح الامة لا يوجب زيادة الملك فالحاصل ان ابا يوسف رحمه الله
يجعل زيادة الملك الاعتاق ومحمد رحمه الله يجعلها حكم العقد السابق
عند وجود الاعتاق **وعلى هذا** الاصل يخرج قول ابي يوسف رحمه الله
ان الخيار يثبت مرة بعد اخرى وقول محمد رحمه الله لا يثبت الا مرة واحدة
حتى لو اعتقت الامة فاختارت زوجها ثم ارتد الزوجان معا ثم سبيت
وزوجها معا فاعتقت فلها ان تختار نفسها عند ابي يوسف وعند محمد

ليس

ليس لها ذلك لان عند ابي يوسف رحمه الله الخيار يثبت بالاعتاق وقد تكرر
الاعتاق فيتكرر الخيار وعند محمد رحمه الله يثبت بالعقد وانه لم يتكرر فلا
يثبت الا خيار واحد واما وقت ثبوته فوقت علمها بالعتق وبالخيار
واهلية الاختيار فيثبت لها الخيار في المجلس الذي تعلم فيه بالعتق وبان
لها الخيار وهي من اهل الاختيار حتى لو اعتقها ولم تعلم بالعتق او علمت
بالعتق ولم تعلم بان لها الخيار فلم تختر لم يبطل خيارها ولها مجلس العلم
اذا علمت بها بخلاف خيار البلوغ فان العلم بالخيار فيه ليس بشرط وقد بينا
الفرق بينهما فيما تقدم وكذلك اذا اعتقها وهي صغيرة فلها خيار العتق
اذا بلغت لانها وقت الاعتاق لم تكن من اهل الاختيار وليس لها خيار
البلوغ لان النكاح وجد في حالة الرق والله اعلم ولو تزوجت مكاتبة
باذن المولى فاعتقت فلها الخيار عند اصحابنا الثلاثة رحمهم الله وعند
زفر رحمه الله لا خيار لها **وجه قوله** انه لا ضرر عليها لان النكاح وقت
لها والمهر مسلم لها **ولنا** ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم خير بريرة
وكانت مكاتبة ولان علة النص عامة على ما بينا وكذا الملك يزداد عليها
كما يزداد على القنة **واما** ما يبطل به الخيار **فهذا** الخيار يبطل بالابطال
نصا ودلالة من قول او فعل يدل على الرضا بالنكاح على ما بينا في خيار
الادراك ويبطل بالقيام عن المجلس لانه دليل الاعتراض كخيار المخيرة
لان السكوت يحتمل ان يكون لرضاها بالمقام معه ويحتمل ان يكون للتامل
لان بالعتق ازداد الملك عليها فتحتاج الى التامل ولا بد للتامل من
زمان فقدر ذلك بالمجلس كما في خيار المخيرة وخيار القبول في البيع
بخلاف خيار البلوغ انه يبطل بالسكوت من البكر لان بالبلوغ ما ازداد
الملك فلا حاجة الى التامل فلم يكن سكوتها للتامل فكان دليل الرضا
وفي خيار المخيرة ثبت المجلس باجماع الصحابة رضي الله عنهم غير معقول
ولانه لما ازداد الملك عليها فتحتاج الى ان جعل العقد السابق
في حق الزيادة بمنزلة انشا النكاح فيتقيد بالمجلس واذا اختارت
نفسها حتى وقعت الفرقة كانت فرقة بغير طلاق لما نذكر فلا تفتقر
هذه الفرقة الى قضا القاضي بخلاف الفرقة بخيار البلوغ **ووجه**
الفرق بينهما قد ذكرناه فيما تقدم والله اعلم **واما** بقا الزوج
قادرا على النفقة فليس بشرط لبقا النكاح لان ما حتى لو عجز عن النفقة
لا يثبت لها حق المطالبة بالتفريق وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله
شرط ويثبت لها حق المطالبة حق التفريق **احتج** بقوله تعالى فامساك
بمعروف امر بالامساك بالمعروف وقد عجز عن الامساك بالمعروف
لان ذلك بابقا حقها بالوطي والنفقة فتعين عليه التسريح بالاحسان

فان فعل والا ناب القاضي منابه في التسريح وهو التفريق ولان النفقة عوض
عن ملك النكاح وقد فات العوض بالعجز فلا يبقى النكاح لازما كالمشتري اذا
وجد المبيع معيبا والدليل عليه ان فوات العوض بالجب والعنة يمنع بقاءه
لازما فكذا فوات العوض لان النكاح عقد معاوضة ولنا ان التفريق ابطال
ملك النكاح على الزوج من غير رضاه هذا في الضرر فوق ضرر المراة بعجز الزوج
عن النفقة لان القاضي يفرض النفقة على الزوج اذا طلبت المراة الفرض
ويامرها بالانفاق من مال نفسها وبالاستدانة ان لم يكن لها وفر اليسار
فيصير النفقة دينا في ذمته بقضا القاضي فترجع المراة عليه بما انفقت
اذا ايسر الزوج فيتاخر حقها الى يسار الزوج ولا يبطل وضرر الابطال
فوق ضرر التاخير بخلاف التفريق بالجب والعنة لان هناك الضرر من
الجانبين جميعا ضرر ابطال الحق لان حق المراة يفوت عن الوطي وضررها
اقوى لان الزوج لا يتضرر بالتفريق كثير ضرر لعجزه عن الوطي فاما المراة
فانها محل صالح للوطي فلا يمكنها استيفاء حظها من هذا الزوج ولا من زوج اخر
لمكان هذا الزوج فكان الرجحان لضررها فكان اولى بالدفع **واما الاية**
فقد قيل في التفسير ان الامساك بالمعروف هو الرجعة وهو ان يراجعها على
قصد الامساك والتسريح بالاحسان وهو ان يتركها حتى تنقضي عدتها معما
ان الامساك بالمعروف يختلف باختلاف حال الزوج **الا ترى** الى قوله تعالى
على الموسع قدره وعلى المقتر قدره فالامساك بالمعروف في حق العاجز
عن النفقة بالتزام النفقة على انه ان كان عاجزا عن الامساك بالمعروف
فانما يجب عليه التسريح بالاحسان اذا كان قادرا ولا قدرة له ذلك
لان ذلك بالتطليق مع ايفا حقها في نفقة العدة وهو عاجز عن نفقة الحال
فكيف يقدر على نفقة العدة على ان لفظ التسريح محتمل يحتمل ان يكون
المراد منه التفريق والتبعيد من حيث المكان وهو تخلية السبيل وازالة
اليد اذ حقيقة التسريح هي التخلية وذلك قد يكون بازالة اليد والحبس
وعندنا لا يبقى له ولاية الحبس فلا يكون حجة مع الاحتمال واما قوله
النفقة عوض عن ملك النكاح ممنوع فان العوض ما يكون مذكورا في العقد
نصا والنفقة غير منصوص عليها فلا يكون عوضا بل هي بمقابلة الاحتباس
وعندنا ولاية الاحتباس تزول عند العجز **ثم** ان سلمنا انه عوض لكن
بقاء العوض مستحقا يكفيه على استحقاق العوض في الجملة لا على وصول
العوض للحال والنفقة ههنا مستحقة في الجملة وان كانت لا تصل اليها
للحال فيبقى العوض حقا للزوج والله اعلم **فصل** واما بيان حكم
النكاح **فنقول** وبالله التوفيق **الكلام** في هذا الفصل في موضعين في الاصل
احدهما في بيان حكم النكاح **والثاني** في بيان ما يرفع حكمه **اما الاول** فالنكاح

لا يخلوا

لا يخلوا اما ان يكون صحيحا واما ان يكون فاسدا ويتعلق بكل واحد منهما
احكام **اما** النكاح الصحيح فله احكام بعضها اصلي وبعضها من التوابع **منها**
حل الوطي الا في حالة الحيض والنفاس والاحرام وفي الظهار قبل التكفير
لقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم
فانهم غير ملومين نفى اللوم عمن لا يحفظ فرجه على زوجته فدل على حل الوطي
الا ان الوطي في حالة الحيض حرم بقوله تعالى ويسالونك عن المحيض قل
هو اذى فاعتزلوا النسا في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن والنفاس اخت
الحيض وقوله تعالى نساؤكم حرث لكم فاتوا حرثكم انى شئتم والانسان
يتمكن من التصرف في حرثه معما انه قد اباح اتيان الحرث بقوله فاتوا
حرثكم انى شئتم **وروي** عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اتقوا
الله في النسا فانهن عندكم عوان لا يملكن شيا اخذتموهن بامانة
الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله وكلمة الله المذكورة في كتابه لفظة
النكاح والتزويج فدل الحديث على حل الاستمتاع بالنسا بلفظ
النكاح والتزويج وغيرهما في معناهما فكان الحل ثابتا ولان النكاح
ضم وتزوج لغة فيقتضي الانضمام والازدواج ولا يتحقق ذلك الا
بحل الوطي والاستمتاع ولان الحرمة تمنع من ذلك وهذا الحكم وهو
حل الاستمتاع مشترك بين الزوجين فان المراة كما تحل لزوجها
فزوجها يحل لها **قال الله تعالى** لا هن حل لهم ولا هم يحلون
لهن وللزوجة ان تطالب زوجها بالوطي لان حله لها حقها كما ان
حلها له حقه واذا طالبته يجب على الزوج ويجبر عليه في الحكم مرة
واحدة والزيادة على ذلك تجب فيما بينه وبين الله تعالى ولا تجب
عليه في الحكم عند بعض اصحابنا وعند بعضهم تجب عليه في الحكم
ومنها حل النظر والمس من راسها الى قدمها في حالة الحياة
لان الوطي فوق النظر والمس فكان احلاله احلالا للمس والنظر من طريق
الاولى وهل يحل للاستمتاع بها بما دون الفرج في حالة الحيض
والنفاس فيه خلاف ذكرناه في كتاب الاستحسان واما بعد الموت
فلا يحل المس والنظر عندنا خلافا للشافعي والمسئلة نذكرها في كتاب
الصلاة ان شا الله تعالى **ومنها** ملك المتعة وهو اختصاص الزوج
بمنافع بضعها وساير اعضائها استمتاعا او ملك الذات والنفس
في حق التمتع على اختلاف مشايخنا في ذلك لان مقاصد النكاح لا تحصل
بدونه الا ترى انه لولا الاختصاص الحاجز عن التزوج بزوج اخر
لا يحصل السكن قلبا لزوج لا يطمئن اليها ونفسه لا تسكن معها
ويفسد الفراش لاشتباه النسب ولان المهر لازم في النكاح وانه

عوض عن الملك لما ذكرنا فيما تقدم فيدل على لزوم الملك في النكاح ايضا
تحقيقا للمعاوضة وهذا الحكم للزوج على الزوجة خاصة لانه عوض عن
المهر والمهر على الزوج وقيل في تاويل قوله تعالى وللرجال عليهن
درجة هي الملك **ومنها** ملك الحبس والقيد وهي صيرورتها ممنوعة
عن الخروج والبروز لقوله تعالى اسكنوهن والامر بالاسكان نهي
عن الاخراج والخروج اذ الامر بالفعل نهي عن ضده **وقوله تعالى**
وقرن في بيوتكن وقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولانها لو لم تكن
ممنوعة عن الخروج والبروز لاختل السكن والنسب لان ذلك مما يريب
الزوج ويحمله على نفي النسب **ومنها** وجوب المهر على الزوج وانه
حكم اصلي للنكاح عندنا لا وجود له بدونه شرعا وقد ذكرنا المسئلة فيما
تقدم ولان المهر عوض عن الملك لانه يجب بمقابلة احداث الملك على ما مر
وثبوت المعوض يدل على ثبوت العوض **ومنها** ثبوت النسب وهو
وان كان ذلك حكم الدخول حقيقة لكن سببه الظاهر هو النكاح لكون الدخول
امرا باطنا فيقام النكاح مقامه في ثبات النسب وان لم يوجد الدخول حقيقة
لوجود سببه وهو النكاح **ومنها** وجوب النفقة والسكنى لما نذكره في
كتاب النفقات ان شا الله تعالى **ومنها** حرمة المصاهرة وهي حرمة
انكحة فرق معلومة ذكرناهم فيما تقدم وذكرنا دليل الحرمة الا ان في
بعضها يثبت الحرمة بنفس النكاح وفي بعضها يشترط الدخول وقد بينا
جملة ذلك في مواضعها **ومنها** الارث من الجانبين جميعا لقوله تعالى
ولكم نصف ما ترك ازواجكم الى قوله ولهن الثمن مما تركتم من بعد
وصية توصون بها او دين **ومنها** وجوب العدل بين النسا في
حقوقهن جملة الكلام فيه ان الرجل لا يخلو اما ان يكون له اكثر من
امراة واحدة واما ان كان له امراة واحدة فان كان له اكثر من امراة
فعليه العدل بينهن في حقوقهن من القسم والنفقة والكسوة والتسوية
بينهن في ذلك حتى لو كانت تحته امراتان حرتان او امتان يجب عليه
ان يعدل بينهما في الماكول والمشروب والملبوس والسكنى والبيتوتة
والاصل فيه قوله تعالى فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة عقيبه بقوله
تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النسا مثنى وثلاث ورباع فان خفتم
ان لا تعدلوا فواحدة في القسم والنفقة في المثنى والثلاث والاربع
فواحدة ندب الى نكاح الواحدة عند خوف ترك ~~الزكاة مع~~ العدل
في الزيادة وانما يخاف على ترك العدل الواجب فدل ان العدل بينهن
في القسم والنفقة واجب واليه اشار في اخر الاية بقوله تعالى ذلك ادنى
ان لا تعولوا اي تجوروا والجور حرام فكان العدل واجبا ضرورة ولان

العدل

ماموربه لقوله تعالى ان الله يامر بالعدل والاحسان على العموم والاطلاق
الا ما خص وقيد بدليل **وروي** عن ابي قلابة ان النبي صلى الله عليه وسلم
كان يعدل بين نسائه في القسمة ويقول اللهم هذه قسمتي فيما املك فلا
تواخذني فيما تملك انت ولا املك **وعن** ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه قال من كانت له امراتان فمال الى احديهما دون الاخرى
جا يوم القيمة وشقه مائل ويستوي فيه القسم البكر والثيب والشابة والعجوزة
والقديمة والحديثة والمسلمة والكتابية لما ذكرنا من الدلايل من غير فصل
ولانهما يستويان في سبب وجوب القسم وهو النكاح فيستويان في وجوب
القسم ولا قسم للمملوكات بملك اليمين اي الليلة لهن وان كثرن لقوله تعالى
فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم قصر الاباحة في النكاح
على عدد يتحقق الجور في الزيادة ثم ندب الى نكاح الواحدة عند
خوف الجور في الزيادة واباح من ملك اليمين من غير عدد فدل انه ليس
فيه خوف الجور وانما لا يكون اذا لم يكن لهن قسم اذ لو كان لكان فيه خوف
الجور كما في المنكوحة لان سبب الوجوب هو النكاح ولم يوجد ولو
كانت احديهما حرة والاخرى امة فللحرة يومان وللامة يوم
لما روي عن علي رضي الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه قال للحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث
ولانهما استويا في سبب الوجوب وهو النكاح فانه لا يجوز نكاح الامة
بعد نكاح الحرة ولا مع نكاحها وكذا لا يجوز للعبد ان يتزوج اكثر
من اثنتين وللحر ان يتزوج باربع نسوة فلم يستويا في السبب
فلا يستويان في الحكم بخلاف المسلمة مع الكتابية لان الكتابية
يجوز نكاحها قبل المسلمة وبعدها ومعها وكذا للذمي ان يجمع بين اربع
نسوة كالحر المسلم فاستويا في سبب الوجوب فاستويا في الحكم
ولان الحرية تنبئ عن الكمال والرق يشعر بنقصان الحال وقد
ظهر اثر النقصان في الشرع في المالكية وحل المحلية والعدة
والحد وغير ذلك فكذا في القسم **وهذا** التفاوت في السكنى
والبيتوتة يكون عند الحرة ليلتين وعند الامة ليلة فاما في الماكول
والمشروب والملبوس فانه يسوي بينهما لان ذلك من الحاجات اللازمة
فيستوي فيه الحرة والامة والمريض في وجوب القسم عليه كالصحيح
لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استاذن نساءه في مرض موته
ان يكون في بيت عايشة رضي الله عنها فلو سقط القسم بالمرض لم يكن للاستيذان
معنى ولا قسم على الزوج اذا سافر حتى لو سافر باحديهما وقدم من السفر
وطلبت الاخرى ان يسكن عندها مدة السفر فليس لها ذلك لان مدة

السفر صاحبة بدليل ان له ان يسافر وحده دونهن لكن الافضل ان يقرع
بينهن فيخرج بمن خرجت قرعته تطييبا لقلوبهن دفعا لتهمة الميل عن نفسه ٥
هكذا كان يفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اراد سفرا اقرع بين نسائه
وقال الشافعي رضي الله عنه ان سافر بها بقرعة فكذلك فاما اذا سافر بها بغير
قرعة فانه يقسم للباقيات وهذا غير سديد لان بالقرعة لا يعرف ان لها حقا
في حالة السفر او لا فانها لا تصلح لاظهار الحق ابدا لاختلاف عملها في نفسها
فانها لا تخرج على وجه واحد بل مرة هكذا ومرة هكذا والمختلف
لا يصلح دليلا على شيء ولو وهبت احديهما قسمها لصاحبتها او رضيت ٥
بترك قسمها جاز لانه حق ثبت لها فلها ان تستوفي ولها ان تترك
وقد روى ان سودة بنت زمعة رضي الله عنها لما كبرت وخشيت ان
يطلقها رسول الله صلى الله عليه وسلم جعلت يومها لعايشة رضي الله عنها
وقيل نزل فيها قوله تعالى وان امراة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا
فلا جناح عليهما ان يصالحا بينهما صلحا والمراد من الصلح هو الذي
جرى بينهما كذا قال ابن عباس رضي الله عنهما وان رجعت عن ذلك وطلبت
قسمها فلها ذلك لان ذلك كان اباحة منها والاباحة لا تكون لازمة
كالمباح له الطعام انه يملك المبيح منعه والرجوع عن ذلك ولو بذلت
واحدة منهن مالا للزوج ليجعل لها من القسم اكثر مما تستحقه لا يحل
للزوج ان يفعل ويرد ما اخذ منها لانه رشوة لانه اخذ المال
لمنع الحق عن المستحق وكذلك لو بذل الزوج لواحدة منهن مالا لتجعل
نوبتها لصاحبتها او بذلت لصاحبتها مالا لتترك نوبتها لها لا يجوز
شيء من ذلك ويسترد المال لان هذا معاوضة القسم بالمال فيكون
في معنى البيع وهذا لا يجوز **هذا** اذا كان له امراتان او اكثر فاما
اذا كانت له امراة واحدة فطالبته بالواجب لها **ذكر** القدوري رواية
الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه قال اذا تشاغل الرجل عن زوجته
بالصيام او بالصلاة او بامة اشتراها قسم لامراته من كل اربعة ٥
ايام يوما ومن كل اربع ليال ليلة وقيل له تشاغل ثلثة ايام وثلث
ليال بالصوم وبالامة وهكذا قال الطحاوي انه يجعل لها يوما واحدا
يسكن عندها وثلثة ايام ولياليها يتفرغ للعبادة واشتغاله
وجه هذا القول ما ذكر محمد رحمه الله في كتاب النكاح ان امراة ٥
رفعت زوجها الى عمر رضي الله عنه وذكرت انه يصوم الدهر ويقوم
الليل فقال عمر رضي الله عنه ما احسنك ثناء على بعلك فقال كعب
يا امير المومنين انها تشكوا اليك زوجها فقال لعمر رضي الله عنه وكيف
ذلك فقال كعب انه اذا صام النهار وقام الليل فكيف يتفرغ لها

فقال

عمر رضي الله عنه لكعب احكم بينهما فقال اراها احدى نسائه الاربع يفطر
لها يوما ويصوم ثلثة ايام فاستحسن ذلك منه عمر رضي الله عنه
وولاه قضاء البصرة وذكر محمد رحمه الله هذا في كتاب النكاح ولم يذكر انه
ياخذ بهذا القول وذكر الجصاص ان هذا ليس مذهبنا لان المزاحمة في
القسم انما تحصل بمشاركة الزوجات فاذا لم يكن له زوجة غيرها لم يتحقق
المشاركة فلا يقسم لها وانما يقال له لا تدم على الصوم ووف المراة
حقها كذا قاله الجصاص وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان ابا
حنيفة كان يقول اولا كما روى الحسن عنه لما اشار اليه كعب وهو
ان للزوج ان يسقط حقها عن ثلثة ايام بان يتزوج ثلثا احرسواها
فلما لم يتزوج فقد جعل ذلك لنفسه فكان الخيار له في ذلك فان
شاء صرف ذلك الى الزوجات وان شاء صرفه الى صيامه وصلاته
واشتغاله ثم رجع عن ذلك وقال هذا ليس بشيء لانه لو تزوج اربعا
وطالبن بالواجب منه يكون لكل واحدة منهن ليلة من الاربع فلو جعلنا
هذا حقا لكل واحدة منهن لا يتفرغ لا عماله فلم يوقت في هذا وقتا
وان كانت المراة امة فعلى قول ابي حنيفة رحمه الله اخيرا ان صح الرجوع
لا شك انه لا يقسم لها كما لا يقسم للحرة من طريق الاولى وعلى قوله الاول
وهو قول الطحاوي رحمه الله يجعل لها ليلة من كل سبع ليالي لان للزوج
حق اسقاط حقها عن ستة ايام والاقتصار على يوم واحد بان يتزوج
عليها ثلث حراير لان للحرة ليلتان وللامة ليلة واحدة فلما لم
يتزوج فقد جعل ذلك لنفسه فكان بالخيار ان شاء صرف ذلك الى الزوجات
وان شاء صرفه الى الصوم والصلاة والى اشتغال نفسه والاشكال عليه
ما نقل عن ابي حنيفة رحمه الله وما ذكره الجصاص ايضا والله الموفق للصواب
ومنها وجوب طاعة الزوج اذا دعاها الى الفراش لقوله تعالى ولهن
مثل الذي عليهن بالمعروف قيل لهن المهر والنفقة وعليها ان تطيعه في
نفسها وتحفظ غيبته ولان الله تعالى امر بتاديبهن بالهجر والضرب عند
عدم طاعتهن بقوله تعالى فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا فدل ان
التاديب كان لترك الطاعة فيدل على لزوم طاعتهن الازواج **ومنها**
ولاية التاديب للزوج اذا لم تطعه فيما يلزم طاعته بان كانت ناشزة
فله ان يؤدبها لكن على الترتيب فيعظها اولا على الرفق واللين بان
يقول لها كوني من الصالحات القانتات الحافظات للغيب ولا تكوني ٥
كذا وكذا فلعل تقبل الموعظة فتترك النشوز فان نفعت الموعظة ورجعت
الى الفراش والا هجرها وقيل يخوفها اولا بالهجر والاعتزال منها وترك
الجماع والمضاجعة فان تركت والا هجرها لعل نفسها لا تحتمل الهجران ٥

ثم اختلف في كيفية الهجر قيل يهجرها بان لا يجامعها ولا يضاجعها على فراشه
وقيل يهجرها بان لا يكلمها في حال مضاجعته اياها لا ان يترك جماعها ومضاجعتها
لان ذلك حق مشترك بينهما فيكون في ذلك عليه من الضرر ما عليها فلا
يؤدبها بما يضر بنفسه ويبطل حقه وقيل يهجرها بان يفارقها في المضجع
ويضاجع اخرى في حقها وقسمها لان حقها عليه في القسم في حال الموافقة وحفظ
حدود الله تعالى لا في حال التضييع وخوف النشوز والتنازع وقيل يهجرها
بترك مضاجعتها وجماعها لوقت غلبة شهوتها وحاجتها لا في وقت حاجته
اليها لان هذا التاديب والزجر فينبغي ان يؤدبها لا ان يؤدب
نفسه بامتناعه عن المضاجعة في حال حاجته اليها فاذا هجرها فان
تركت النشوز والا ضربها ضربا غير مبرح ولا شائن والاصل فيه
قوله تعالى واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع
واضربوهن فظاهر الاية وان كان بحرف الواو الموضوعة للجمع المطلق لكن
المراد منه الجمع على سبيل الترتيب والواو يحتمل ذلك فان نفع الضرب
والا رفع الامر الى القاضي ليوجه اليهما حكمين حكما من اهله وحكما من اهلها
كما قال الله تعالى وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من
اهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما وسبيل هذا سبيل الامر بالمعروف
والنهي عن المنكر في حق سائر الناس ان الامر يبدا بالموعظة على الرفق
واللين دون التغليظ في القول فان قبلت والا غلظ القول به فان قبلت
والا بسط يده فيها وكذلك اذا ارتكبت محظورا سوى النشوز ليس له حد
مقدر فللزوج ان يؤدبها تعزيرا لها لان للزوج ان يؤدبها تعزيرا لها
لان للزوج ان يعزر زوجته كما للمولى ان يعزر امته ومنها المعاشرة
بالمعروف وانه مندوب اليه ومستحب قال الله تعالى وعاشروهن
بالمعروف قيل هو المعاشرة بالفضل والاحسان قولا وفعلا
وخلقا قال النبي صلى الله عليه وسلم خيركم خيركم لاهله وانا
خيركم لاهلي وقيل المعاشرة بالمعروف هي ان يعاملها بما لو فعل بك
مثل ذلك لم تنكره بل تعرفه وتقبله وترضى به وكذلك من جانبها
هي مندوبة الى المعاشرة الجميلة مع زوجها بالاحسان واللسان
واللطف في الكلام والقول المعروف الذي تطيب به نفس الزوج وقيل
في قوله تعالى ولهن مثل الذي عليهن من حيث الفضل والاحسان
هو ان يحسن الى ازواجهن بالبر باللسان والقول المعروف والله اعلم
ويكره للزوج ان يعزل عن امراته الحرة بغير رضاها لان الوطي عن
انزال سبب لحصول الولد ولها في الولد حق وبالعزل يفوت الولد فكان
سببا لفوات حقها وان كان العزل برضاها لا يكره لانها رضيت بفوات

حقا

هن

حقها ولما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اعزلوهن او لا تعزلوهن
ان الله تعالى اذا اراد خلق نسمة فهو خالقها الا ان العزل حال عدم
الرضا صار مخصوصا وكذلك اذا كانت المراة امة الغير انه يكره
العزل عنها من غير رضا لكن يحتاج الى رضاها او الى رضا مولاها
قال ابو حنيفة رحمه الله الاذن في ذلك الى المولى وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله اليها وجه قولهما ان قضاء الشهوة حقها والعزل
يوجب نقصانا في ذلك ولابي حنيفة ان كراهة العزل لصيانة الولد
والولد له لا لها والله اعلم واما النكاح الفاسد فلا حكم له قبل
الدخول واما بعد الدخول فيتعلق به احكام منها ثبوت النسب
ومنها وجوب العدة وهو حكم الدخول في الحقيقة ومنها وجوب المهر
والاصل فيه ان النكاح الفاسد ليس حقيقة لانعدام محله اعني محل حكمه
وهو الملك لان الملك يثبت في المنافع ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء
والحر بجميع اجزائه ليس محل الملك لان الحرية خلوص والملك ينافي
الخلوص الا ان الشرع اسقط اعتبار المنافي في النكاح الصحيح لحاجة
الناس الى ذلك وفي النكاح الفاسد بعد الدخول لحاجة الناكح الى
درء الحد وصيانة ماله عن الضياع بثبات النسب ووجود العدة
وصيانة البضع المحترم عن الاستعمال من غير غرامة ولا عقوبة
بوجوب المهر فجعل منعقدا في حق المنافع المستوفاة لهذه الضرورة
ولا ضرورة قبل استيفاء المنافع وهو ما قبل الدخول فلا يجعل
منعقدا قبله ثم الدليل على وجوب مهر المثل بعد الدخول
ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ايما امراة نكحت
نفسها بغير اذن مواليها فنكاحها باطل فان دخل بها فلها مهر مثلها

وجعل لها مهر المثل فيما له حكم النكاح الفاسد
وعلقه بالدخول فدل ان وجوبه متعلق به
ثم اختلف في تقدير هذا المثل وبعض المسمى
بالعقد قال اصحابنا الثلاثة يجب الاقل من
مهر مثلها

ومن المسمى وقال زفر يجب مهر المثل بالغا ما بلغ وكذا هذا الخلاف
في الاجارة الفاسدة وجه قول زفر ان المنافع تتقوم بالعقد
الصحيح والفاسد جميعا كالاعيان فيظهر فيلزم اظهار التقوم
وذلك بايجاب مهر المثل بالغا ما بلغ لان قيمة منافع البضع وانما
العدول عنه الى المسمى عند صحة التسمية ولم يصح لهذا المعنى اوجبنا
كمال القيمة في العقد الفاسد كذا ههنا ولنا ان العاقدين
ما قوما المنافع باكثر من المسمى فلا تتقوم باكثر من المسمى فحصلت
الزيادة مستوفاة من غير عقد فلم يكن لها قيمة الا ان مهر المثل
اذا كان اقل من المسمى لا يبلغ به المسمى لانها رضيت بذلك القدر
لرضاها بمهر مثلها واختلف ايضا في وجوب العدة انها من اي وقت
تعتبر قال اصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم انها تجب من حين يفرق بينهما

وقال زفر من آخر وطئ وطئها حتى لو كانت حاضت ثلاث حيض بعد آخر وطئ وطئها قبل التفريق فقد انقضت عدتها عنده **وجه قولنا** ان العدة تجب بالوطئ لانها تجب لاستبراء الرحم وذلك حكم الوطئ الا ترى انها لا تجب قبل الوطئ واذا كان وجوبها بالوطئ تجب عقيب الوطئ بلا فصل كاحكام سائر العلل **ولنا** ان النكاح الفاسد بعد الوطئ منعقد في حق الفراش لما بينا والفراش لا يزول قبل التفريق بدليل انه لو وطئها قبل التفريق لا حد عليه ولا يجب عليه بتكرار الوطئ الا مهر واحد ولو وطئها قبل التفريق يلزمه الحد ولو دخلته شبهة حتى امتنع وجوب الحد يلزمه مهر آخر فكان التفريق في النكاح الصحيح والخلوة في النكاح الفاسد لا توجب العدة لانه ليس بنكاح حقيقة الا انه الحق بالنكاح في حق المنافع المستوفاة حقيقة مع قيام المنافي لحاجة الناكح الى ذلك فيبقى في حق غير المستوفى على اصل العدم ولم يوجد استيفاء المنافع حقيقة بالخلوة ولان الموجب للعدة في الحقيقة هو الوطئ لانها تجب لتعرف براءة الرحم ولم يوجد حقيقة بالخلوة ولان الموجب للعدة في الحقيقة هو الوطئ لانها توجد لبراءة الرحم ولم توجد حقيقة الا انا اقمنا التمكن من الوطئ في النكاح الصحيح مقامه في حكم يحتاط فيه لوجود دليل التمكن وهو الملك المطلق الا انه منع منه لغيره فكان التمكن ثابتا ودليله موجود ولم يوجد ههنا بخلاف الخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح انها توجب العدة اذا كان متمكنا من الوطئ حقيقة وان كان ممنوعا منه شرعا بسبب الحيض والاحرام او الصوم ونحو ذلك لان هناك دليل الاطلاق شرعا موجود وهو الملك المطلق الا انه منع منه لغيره فكان التمكن ثابتا ودليله موجودا فيقام مقام المدلول في موضع الاحتياط وههنا بخلافه ولا يوجب المهر ايضا لانه لما لم يجب بها العدة فالمهر اولى لان العدة يحتاط لوجوبها ولا يحتاط في وجوب المهر

واما بيان ما يرفع حكم النكاح فبيانه بيان ما تقع به الفرقة بين الزوجين اسباب لكن الواقع ببعضها فرقة تطليق وببعضها فرقة بغير طلاق وفي بعضها يقع فرقة بغير قضاء القاضي وفي بعضها لا يقع الا بقضاء القاضي فنذكر جملة ذلك بتوفيق الله تعالى **منها** الطلاق بصريحه وكنايته وله كتاب مفرد **ومنها** اللعان ولا يقع الفرقة فيه الا بتفريق القاضي عند اصحابنا وكذا في كيفية هذه الفرقة خلاف بين اصحابنا نذكره في كتاب الطلاق ان شاء الله اللعان ان شاء الله تعالى **ومنها** اختيار الصغير او الصغيرة بعد البلوغ في خيار البلوغ وهذه الفرقة لا تقع الا بتفريق القاضي بخلاف الفرقة باختياره الفرقة نفسها باختيار المرأة نفسها في خيار العتق انما تثبت بنفس الاختيار

وقد بينا وجه الخلاف فيما تقدم والفرقة في الخيارين جميعا يكون فرقة بغير طلاق بل يكون فسخا حتى لو كان الزوج لم يدخل بها فلا مهر لها اما في خيار العتق فلا شك فيه لان الفرقة وقعت بسبب وجد منها وهو اختيارها نفسها واختيارها نفسها لا يجوز ان يكون طلاقا لانها لا تملك الطلاق الا اذا ملكته كالمخيرة وكان فسخا والفسخ العقد رفعه من الاصل وجعله كان لم يكن ولو لم يكن حقيقة لم يكن لها مهر فكذا اذا التحق بالعدم من الاصل وكذا في خيار البلوغ اذا كان من له الخيار هو المرأة فاختارت نفسها قبل الدخول لما قلنا واما اذا كان من له الخيار هو الغلام فاختار نفسه قبل الدخول بها فلا مهر لها ايضا وهذا فيه نوع اشكال لان الفرقة جاءت من قبل الزوج فيجب ان يكون فرقة بطلاق ويتعلق بها نصف المهر والانفصال اذا الشرع اثبت له الخيار فلا بد ان يكون مفيدا ولو كان ذلك طلاقا وجب عليه المهر لم يكن لانها الخيار معنى لانه يملك الطلاق فلا فائدة في الخيار الا سقوط المهر وان كان قد دخل بها لا يسقط المهر لان المهر قد تاكد بالدخول فلا يحتمل السقوط بالفرقة كما لا يحتمل السقوط بالموت ولان الدخول استيفاء منافع البضع وانه امر حسي فلا يحتمل الارتفاع من الاصل بالفسخ بخلاف العقد فانه امر شرعي فكان محتملا للفسخ ولانه لو فسخ النكاح بعد الدخول لوجب عليه رد المنافع المستوفاة لانه عاد البدل اليه فوجب ان يعود المبدل اليها وهو لا يقدر على ردها فلا يفسخ واذا لم يقدر على ردها يغرم قيمتها وقيمتها هو المهر المسمى فلا يفيد ولانه لما استوفى المنافع فقد استوفى المعقود عليه وهو المبدل فلا يسقط البدل **ومنها** اختيار المرأة نفسها بعيب الجب والعنة والخصي والخنوثة والتاخذ بتفريق القاضي او بنفس الاختيار على ما بينا وانه فرقة بطلاق لان سبب ثبوتها حصل من الزوج وهو المنع من ايفاء حقها المستحق بالنكاح وانه ظلم وضرر في حقها الا ان القاضي قام مقامه في دفع الظلم **والاصل** ان الفرقة اذا حصلت بسبب من جهة الزوج مختص بالنكاح ان تكون فرقة بطلاق حتى لو كان ذلك قبل الدخول بها وقبل الخلوة فلها المسمى ان كان في النكاح تسمية فلها المتعة **ومنها** التفريق لعدم الكفاءة او لنقصان المهر والفرقة به فرقة بغير طلاق لانها فرقة حصلت لا من جهة الزوج فلا يمكن ان يجعل ذلك طلاقا لانه ليس لغير الزوج ولاية الطلاق فيجعل فسخا ولا تكون هذه الفرقة الا عند القاضي لما ذكرنا في الفرقة بخيار البلوغ **ومنها**

ابا الزوجة الاسلام بعدما اسلم زوجها المشرك او المجوسي في دار الاسلام ٥
وجملة الكلام فيه ان الزوجين الكافرين اذا اسلما في دار الاسلام فان كانا
كتابيين فاسلم الزوج فالنكاح بحاله لان الكتابية محل لنكاح المسلم ابتدا
فكذا بقا فان اسلمت المراه لا تقع الفرقه بنفس الاسلام عندنا ولكن يعرض
الاسلام على زوجها فان اسلم بقيا على النكاح وان ابى الاسلام فرق ٥
القاضي بينهما لانه لا يجوز للمسلمه ان تكون تحت نكاح الكافر ولهذا لم يجز
نكاح الكافر المسلمه ابتدا فكذا وعليه في البقا عليه وان كان مشركين
او مجوسيين فاسلم احدهما ايهما كان يعرض الاسلام على الاخر ولا تقع
الفرقه بنفس الاسلام فان اسلم فهما على النكاح وان ابى الاسلام ٥
فرق القاضي بينهما لان المشرك لا يصلح لنكاح المسلم غير ان الابا ان كان
من المراه يكون فرقة بغير طلاق لان الفرقه جاءت من قبلها وهو ٥
اباوها الاسلام من قبل المراة لا تصلح طلاقا لانها لا تلي الطلاق
فيجعل فسخا وان كان الابا من الزوج يكون فرقه بطلاق في قول ٥
ابي حنيفه وهذا كله مذهب اصحابنا رضي الله عنهم وقال الشافعي رحمه
الله ومحمد اذا اسلم احد الزوجين وقعت الفرقه جاءت بنفس الاسلام ٥
غير انه ان كان ذلك قبل الدخول تقع للحال فاما بعد الدخول فلا تقع الفرقه
حتى تمضي ثلاث حيض فان اسلم الاخر قبل مضيها فالنكاح بحاله وان لم
يسلم كانت بمضيها **اما** الكلام مع الشافعي رحمه الله فوجه قوله ان كفر
الزوج يمنع من نكاح المسلمه ابتدا حتى لا يجوز للكافر ان ينكح المسلمه وكذلك
شرك المراه وتمجسها مانع من نكاح المسلم ابتدا بدليل انه لا يجوز
للمسلم نكاح المشركه والمجوسيه فاذا طري على النكاح يبطله فاشبه
الطلاق **ولنا** اجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روي ان رجلا
من بني تغلب اسلمت امراته فعرض عمر رضي الله عنه عليه الاسلام
فامتنع ففرق بينهما وكان ذلك بمحضر من الصحابه رضي الله عنهم
فيكون اجماعا ولو وقعت الفرقه بنفس الاسلام لما وقعت الحاجة
الي التفريق ولان الاسلام لا يجوز ان يكون مبطلا للنكاح لانه عرف
عاصما للاملاك فكيف يكون مبطلا لها ولا يجوز ان يبطل بالكفر ايضا
لان الكفر كان موجودا منهما ولم يمنع ابتدا النكاح فلان لا يمنع البقا
وانه اسهل اولى الا انا لو ابقينا النكاح بينهما لا تحصل المقاصد لان ٥
مقاصد النكاح لا تحصل الا بالاستفراش والكافر لا يمكن من استفراش
المشركه والمجوسيه لخبثها فلم يكن في بقا هذا النكاح فايده فيفرق القاضي
بينهما عند ابا الاسلام لان الياس عن حصول المقاصد يحصل عنده ٥
واما الكلام مع اصحابنا في كيفيه الفرقه عند اباء الزوج الاسلام بعد

ما اسلمت امراته المشركه او المجوسيه او الكتابيه **وجه قول ابي يوسف**
ان هذه فرقه يشترك في سببها الزوجان ويستويان فيه فان الابا ٥
من كل واحد منهما سبب الفرقه ثم الفرقة الحاصله بابايها فرقه بغير
طلاق فكذا باباية لاستوايهما في السببيه كما اذا ملك احدهما صاحبه
ولهما ان الحاجه الي التفريق عند الابا لفوات مقاصد النكاح لان
مقاصد النكاح لان مقاصد النكاح اذا لم تحصل لم يكن في بقا النكاح
فايده فتقع الحاجه الي التفريق عند الابا لفوات مقاصد النكاح
لان مقاصد النكاح اذا لم تحصل لم يكن في بقا النكاح فايده فتقع
الحاجة الى التفريق **والاصل** في التفريق هو الزوج لان الملك له
والقاضي ينوب منابه كما في الفرقه بالجب والعنه وكان الاصل
في الفرقة الطلاق فيجعل طلاقا ما امكن وفي اباء المراه لا يمكن
لانها لا تملك الطلاق فيجعل فسخا **ومنها** رده احد الزوجين
لان الرده بمنزلة الموت لانها سبب مفض اليه والميت لا يكون
محلا للنكاح ولهذا لم يجز نكاح المرتد لاحد في حال الابتدا
فكذا في حال البقا ولانه لا عصمة مع الرده وملك النكاح ٥
لا يبقي مع زوال العصمة غير ان رده المراه يكون فرقه بغير
طلاق بلا خلاف واما رده الرجل فهي فرقة الرجل بغير طلاق
في قول ابي حنيفه وابي يوسف وعند محمد رحمه الله فرقه بطلاق ٥
وجه قوله ظاهر لان الفرق اذا حصلت لمعنى من قبل الزوج وامكن
ان يجعل طلاقا تجعل طلاقا لان الاصل في الفرق هو فرقه
فرقه الطلاق واصل ابي يوسف ما ذكرنا انها فرقه حصلت بسبب
يشترك فيه الزوجان لان الرده من كل واحد منهما سبب لثبوت ٥
الفرقه ثم الثابت بردتها فرقة بغير طلاق كذا بردته
ولابي حنيفه رحمه الله ان هذه الفرقه وان كانت بسبب وجد من
الرجل وهو ردته الا انه لا يمكن ان يجعل الرده طلاقا لانها بمنزله
الموت وفرقه الموت لا يكون طلاقا ولان الطلاق تصرف يختص
يختص بما يستفاد بالنكاح والفرقه الحاصله بالرده فرقه ٥
واقعه بطريق التنافي لان الرده تنافي عصمة الملك وما كان
طريقه التنافي لا يستفاد بالنكاح والفرقة الحاصله بالرده ٥
فرقه واقعه بطريق التنافي لان الرده تنافي عصمة الملك وما
كان طريقه التنافي لا يستفاد بملك النكاح بابا الزوج لس
لفوات مقاصد النكاح وثمراته وذلك مضاف الى الزوج ٥
فيلزمه الامساك بالمعروف والا التسريح بالاحسان فاذا

امتنع عنه الزمه القاضي الطلاق الذي يحصل به التسريح بالاحسان كانه طلق
بنفسه **والدليل** على التفرقة بينهما ان فرقة الاباء لا تحصل الا بالقضاء وفرقة الردة
تثبت بنفس الردة فتثبت في الحال ليعلم ان ثبوتها بطريق التنافي ثم الفرقة
بردة احد الزوجين تثبت بنفس الردة فتثبت في الحال عندنا وعند الشافعي
ان كان قبل الدخول فكذلك وان كان بعد الدخول تتاجل الفرقة الى مضي
ثلاث حيض وهو على الاختلاف في اسلام احد الزوجين هذا اذا ارتد احد
الزوجين فاما اذا ارتدا معا لا تقع الفرقة بينهما لا تقع استحسانا حتى لو
اسلما معا فهما على نكاحهما والقياس ان تقع الفرقة وهو قول زفر رحمه الله
وجه القياس انه لو ارتد احدهما لوقعت الفرقة فكذا اذا ارتدا
لان في ردتهما ردة احدهما وزيادة وللاستحسان اجماع الصحابة رضي الله عنهم
فان العرب لما ارتدوا في زمن ابي بكر الصديق رضي الله عنه ثم اسلموا لم يفرق
بينهم وبين نسائهم وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم **فان قيل**
لم يعلم هناك انهم ارتدوا واسلموا معا **فالجواب** انه لما لم يفرق بينهم
وبين نسائهم فيما لم يعلم القران بل احتمل التقدم والتاخر في الردة والاسلام
ففيما علم اولى ان لا يفرق **ثم نقول** الاصل في كل امرين حادثين اذا لم
يعلم تاريخ ما بينهما ان يحكم بوقوعهما معا كالغرقى والحرقى والهدمى
ولو تزوج مسلم كتابية يهودية او نصرانية فتمجست تثبت الفرقة
لان المجوسية لا تصلح لنكاح المسلم الا ترى انه لا يجوز له نكاحها ابتداء ثم
ان كان ذلك قبل الدخول بها فلا مهر لها ولا نفقة لانها فرقة بغير طلاق
وكانت فسخا وان كانت بعد الدخول بها فلها المهر لما بينا فيما تقدم ولا نفقة
لها لان الفرقة جاءت من قبلها **والاصل** ان الفرقة اذا جاءت من قبلها فان كان
قبل الدخول بها فلا مهر لها ولا نفقة وان جاءت من قبله قبل الدخول يجب نصف
المسمى ان كان المهر مسمى وان لم يكن يجب المتعة وبعد الدخول يجب كل المهر والنفقة
ولو كانت يهودية فتنصرت او نصرانية فتهودت لم تثبت الفرقة ولم
يعترض عليه عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يمكن من القرار عليه
ولكن على ان تسلم او تعود الى دينها الاول فان لم تفعل حتى مضت ثلاث
حيض وقعت الفرقة كما في المرتد **وجه قوله** انها كانت يهودية مقرة
بان الدين الذي انتقلت اليه باطل فكان ترك الاعتراض عليه تقريرا على
الباطل وانه لا يجوز **ولنا** انها انتقلت من باطل الى باطل والجبر على
العود الى الباطل باطل فلو كانت يهودية او نصرانية فتصابئت لم تثبت
الفرقة في قول ابي حنيفة رحمه الله وفي قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
تثبت الفرقة بناء على انه يجوز للمسلم نكاح الصابئة عنده وعندهما لا يجوز
والمسئلة مرت في موضعها **ومنها** اسلام احد الزوجين في دار الحرب لكن

لا تقع الفرقة في الحال بل تتوقف على مضي ثلاث حيض ان كانت ممن تحيض
وان كانت ممن لا تحيض ثلاثة اشهر فاذا اسلم الباقي منهما في هذه المدة فهما
على النكاح وان لم يسلم حتى مضت المدة وقعت الفرقة لان الاسلام لا يصلح
سببا لثبوت الفرقة بينهما ونفس الكفر ايضا لا يصلح سببا لما ذكرنا من المعنى
فيما تقدم ولكن يعرض الاسلام على الاخر فاذا ابى حينئذ يفرق وكانت
الفرقة حينئذ خالصة بالاباء ولا يفرق الا بالعرض وقد امتنع
العرض لانعدام الولاية وقد مست الحاجة الى التفريق اذ المسلم لا يصلح
لنكاح المشركة فيقام شرط البينونة وهو مضي ثلاث حيض اذ هو شرط
البينونة في الطلاق الرجعي مقام العلة واقامة الشرط مقام العلة عند
تعذر اعتبار العلة جائز في اصول الشرع فاذا مضت مدة العدة
وهي ثلاث حيض صار مضي المدة بمنزلة تفريق القاضي ويكون فرقة
طلاق على قياس قول ابي يوسف بغير طلاق لانه فرقة بسبب الاباء حكما
وتقديرا واذا وقعت الفرقة بعد مضي هذه المدة هل تجب العدة بعد
مضيها بان كانت المراة هي المسلمة فخرجت الى دار الاسلام فتمت الحيض
في دار الاسلام لا عدة عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما عليها العدة
عند مضي هذه المدة بثلاث حيض لانها مهاجرة ولا عدة على المهاجرة عنده
وعندهما عليها العدة **و**المسئلة مذكورة فيما تقدم وان كان المسلم هو الزوج
فلا عدة عليها بالاجماع لانها حربية **ومنها** اختلاف الدارين عندنا
بان خرج احد الزوجين الى دار الاسلام مسلما او ذميا وترك الاخر كافرا في
دار الحرب ولو خرج احدهما مستامنا وبقي الاخر كافرا في دار الحرب لا تقع
الفرقة بالاجماع وقال الشافعي لا تقع الفرقة باختلاف الدارين وهذا
بناء على اصل وهو ان اختلاف الدارين علة لثبوت الفرقة عندنا وعنده
ليست بعلة وانما العلة هي السبي **واحتج** بما روي ان زينب بنت رسول الله
صلى الله عليه وسلم هاجرت من مكة الى المدينة وخلفت زوجها ابا العاص
بمكة كافرا فردها عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم بالنكاح الاول ولو
ثبتت الفرقة باختلاف الدارين لما رد بل جدد النكاح ولان تاثير اختلاف
الدارين في انقطاع الولاية وانقطاع الولاية لا يوجب انقطاع النكاح فان
النكاح يبقى بين اهل العدل والبغي والولاية منقطعة **ولنا** ان عند اختلاف
الدارين يخرج الملك من ان يكون منتفعا به لعدم التمكن من الانتفاع عادة
فلم يكن في بقائه فائدة فيزول كالمسلم اذا ارتد عن الاسلام ولحق بدار الحرب
انه يزول ملكه عن امواله ويعتق امهات اولاده ومدبروه لما قلنا كذا
هذا بخلاف اهل البغي مع اهل العدل لان اهل البغي من اهل الاسلام لانهم مسلمون
فيخاطبون اهل العدل فكان امكان الانتفاع ثابتا فيبقى النكاح وههنا خلافه

واما الحديث فقد روى ان ردها عليه بنكاح جديد فتعارضت الروايتان فسقط
الاحتجاج به معما ان العمل بهذه الرواية اولى لانها تثبت امرا لم يكن وكان راوي الرد
بالنكاح الاول استصحب الحال فظن انه ردها عليه بنكاح جديد فتعارضت الروايتان
بذلك النكاح الذي كان وراوي الحديث وراوي النكاح الجديد اعتمد حقيقة الحال وصار
كاجتماع الجرح والتعديل ثم ان كان الزوج هو الذي خرج فلا عدة عليها في قول ابي حنيفة
رحمه الله وكذلك اذا خرج احدهما ذميا وقعت الفرقة لانه صار من اهل دار الاسلام
فصار كما لو خرج مسلما بخلاف ما اذا خرج احدهما بامان لان الحربي المستامن من اهل دار
الحرب وانما دخل دار الاسلام على سبيل العارية لقضا بعض حاجاته لا للتوطن فلا
يبطل حكم دار الحرب في حقه كالمسلم اذا دخل دار الحرب بامان لانه يصير بالدخول من
اهل دار الحرب لما قلنا كذا هذا ولو اسلما معا في دار الحرب او صارا ذميين معا
او خرجا مستامنين فالنكاح على حاله لانعدام اختلاف الدارين عندنا وانعدام السبي
عنده **وعلى هذا** يخرج ما اذا سبي احدهما واحرز بدار الاسلام انه تقع الفرقة بالاجماع
لكن على اختلاف الاصلين عندنا باختلاف الدارين وعنده بالسبي وعندنا لا تقع
الفرقة قبل الاحراز بدار الاسلام ولو سبيا معا لا تقع الفرقة عندنا لعدم اختلاف
الدارين وعنده بالسبي وعنده تقع الفرقة تقع لوجود السبي **وله** بقوله تعالى
والمحصنات من النسا الا ما ملكت ايمانكم حرم المحصنات وهن ذوات الازواج وهو
معطوف على قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم واستثنى المملوكات والاستثنا من
الحظر اباحه ولم يفصل بين ما اذا سبيت وحدها او مع زوجها ولان السبي سبب
لثبوت ملك المتعة للسابي لانه استيلا ورد على محل غير معصوم وانه سبب لثبوت
الملك في الرقبة ولهذا يثبت الملك في المسبيه بالاجماع وملك الرقبه يوجب
ملك المتعه للسابي بزوال ملك الزوج ضرورة بخلاف ما اذا اشترى امة
هي منكوحة الغير انه لا يثبت للمشتري ملك المتعه وان ثبت له ملك الرقبه
بالشرى لانه ملك الزوج في الامه ملك معصوم واثبات اليد على محل معصوم
لا يكون سببا لثبوت الملك **ولنا** ان ملك النكاح للزوج كان ثابتا
بدليله مطلقه وملك النكاح لا يجوز ان يزول الا بازالته او لعدم فايدة البقا
اما لفوات المحل حقيقة بالهلاك وتقدير الخروج من ان يكون منتفعا به في حق
المالك واما لفوات حاجة المالك بالموت لان الحكم بالزوال حينئذ يكون تناقضا
والشرع منزه عن التناقض ولم يوجد الازالة من الزوج والمحل صالح والمالك حي
محتاج الى الملك وامكان الاستمتاع ثابت ظاهرا وغالبا اذا سبيا معا ولا يكون
نادرا وكذا اذا سبي احدهما والمسبي في دار الحرب لان احتمال الاسترداد من الكفره
واستنقاذ الاسير من الغزاه ليس بنادر وان لم يكن غالبا بخلاف ما اذا سبي احدهما
واخرج الى دار الاسلام لان هناك لا فايدة في بقا الملك لعدم التمكن من اقامة
المصالح بالملك ظاهرا وغالبا لاختلاف الدارين واما السبي ورد على محل غير معصوم

فيعم لكن بالاستيلا الوارد على محل غير معصوم انما يكون سببا لثبوت الملك للسابي
فلا يوجب زوال ملك الزوج والاية محموله على ما اذا سبيت وحدها لما ذكرنا من
الدلايل **ومنها** الملك الطاري لاحد الزوجين على صاحبه بان ملك احدهما صاحبه
بعد النكاح او ملك شقصا منه لان الملك المقارن يمنع من انعقاد النكاح فالطاري
عليه يبطله والفرقه الواقعه به فرقة بغير طلاق لانها فرقة حصلت لا من جهة الزوج
فلا تجعل طلاقا فتجعل فسخا ولا يحتاج الى تفريق القاضي لانها فرقة حصلت بطريق
التنافي لما بينا في المسايل ان الحقوق الثابته بالنكاح لا يصح اثباتها بين المالك والمملوك
فلا يثبت بردة احد الزوجين **وعلى هذا** قالوا في المعتق والمدبر والماذون اذا اشتريا
زوجتيهما لم يبطل النكاح لان الشرى لا يفيد لهما ملك المتعه فلا يوجب بطلان النكاح
وقالوا ايضا في المكاتب اذا اشترى زوجته لا يبطل نكاحها لانه لا يملكها بملكها ه
وانما يثبت له فيها حق الملك وحق الملك يمنع ابتدا النكاح ولا يمنع البقا كالعده
البقا كالعده وهذا لان حق الملك هو الملك من وجه فكان ملكه فيها ثابتا من
وجه دون وجه فكان ملكه فيها ثابتا فالنكاح اذا لم يكن منعقدا يقع ه
الشك في انعقاده فلا ينعقد بالشك واذا كان منعقدا يقع الشك في
زواله فلا يزول لهذا المعنى منعت العدة من ابتدا النكاح بالشك على
الاصل المعهود ان الثابت بيقين لا يثبت بالشك والثابت بيقين لا يزول ه
بالشك لهذا المعنى منعت العده من ابتدا النكاح ولم يمنع البقا كذا هذا ه
وقالوا فيمن زوج ابنته من مكاتبه ثم مات لا يبطل النكاح بينهما حتى يعجز عن
ادا بدل الكتابه وقال الشافعي يفسخ النكاح بنا على ان المكاتب لا يورث عندنا
فلا يثبت الملك للوارث في المكاتب حقيقه وقال الشافعي رحمه الله يفسخ النكاح
بنا على ان المكاتب لا يورث عندنا فلا يثبت الملك للوارث في المكاتب ه
حقيقه وانما يثبت له حق الملك وانه لا يمنع بقا النكاح وعنده يورث
فيثبت الملك لها في زوجها فيبطل النكاح **وجه قوله** ان الوارث ه
يقوم مقام المورث في املاكه فيثبت له ما كان ثابتا للمورث وملكه
في المكاتب كان ثابتا له فينتقل الى الوارث فيصير مملوكا له فينفسخ النكاح ه
ولنا ان الحاجه مست الى ابقا ملك الميت في المكاتب لان عقد الكتابه اوجب
له حق الحريه للحال على وجه يصير ذلك الحق حقيقه عند الادا ولهذا يثبت الولا
من قبله فلو نقلنا الملك من الميت الى الوارث لتعذر اثبات حقيقة الحريه عند
الادا لانعدام تعليق الحريه منه بالادا فمست الحاجه الى استبقا ملك الميت فيه
لاجل الحق المستحق للمكاتب فيمتنع ثبوت الملك حقيقه للوارث ويثبت له حق الملك
لوجود سبب الثبوت وهو القرابه وشرطه وهو الموت وحق الملك يمنع ابتدا ه
النكاح ولا يمنع البقا لما ذكرنا الا اذا عجز عن ادا بدل الكتابه لانه اذا عجز ثبت الملك ه
حقيقه للوارث فيرتفع النكاح واما معتق البعض اذا اشترى زوجته لا يبطل النكاح

في قول ابي حنيفه وعندهما يبطل بناء على ان معتق البعض بمنزلة المكاتب عنده وعندهما حر عليه دين والله اعلم
ومنها الرضاع الطاري على النكاح كمن تزوج صغيره فارضعتها امه بانت منه لانها صارت
اخته له من جهة الرضاع وكذا اذا تزوج صبيتين رضيعتين فجات امراة فارضعتهما صارتا اختين
وحرمة الاخت من الرضاع يستوي فيها السابق والطاري وكذا حرمة الجمع بين الاختين من الرضاعه
ونذكر ما يتعلق بالرضاع المقارن والطارى من المسايل في كتاب الرضاع ان شا الله تعالى
ومنها المصاهرة الطاريه بان وطي ام امراته او ابنتها والفرقه بها فرقه بغير طلاق لانها حرمة
موبده كحرمة الرضاع والفرق في هذه الوجوه كلها ثابته لان المقصود في بعضها الخلاص وانه لا يحصل الا بالباين وفي
بعضها المحل ليس بقابل لبقا النكاح فافهم والله اعلم

كتاب الطلاق

قال رحمه الله تعالى الكلام في هذا الكتاب في الاصل يقع في خمسة مواضع في بيان صفة الطلاق
وفي بيان قدره وفي بيان ركنه وفي بيان شرايط الركن وفي بيان حكمه اما الاول فالطلاق من حيث الصفه
نوعان طلاق سنه وطلاق بدعه وان شيت قلت طلاق مسنون وطلاق مكروه اما طلاق السنه
فالكلام فيه في موضعين احدهما في تفسير طلاق السنه انه ما هو والثاني في بيان الالفاظ الذي
يقع بها طلاق السنه اما الاول فطلاق السنه نوعان نوع يرجع الي الوقت ونوع يرجع الي
الوقت وكل واحد منهما حسن واحسن ولا يمكن معرفة كل واحد منهما الا بعد معرفة اصناف النسا
وهن في الاصل على صنفين حراير واما وكل صنف على صنفين حايلات وحاملات والحايلات على
صنفين ذوات الاقرا وذوات الاشهر اذا عرف هذا فنقول وبالله التوفيق والاعانه
احسن الطلاق في ذوات القرء ان يطلقها طلقة واحدة رجعية في طهر لا جماع فيه ولا طلاق
ولا في حيضه جماع وطلاق ويتركها حتى تنقضي عدتها ثلاث حيض ان كانت حرة وان كانت امة
حيضتان والاصل فيه ما روي عن ابراهيم النخعي انه قال كان اصحاب رسول الله صلى الله
عليه وسلم يستحسنون ان لا يطلقوا للسنة الا واحدة ثم لا يطلقوا غير ذلك حتى تنقضي
العدة وفي رواية اخري قال في الحكاية عنهم وكان ذلك احسن عندهم من ان يطلق
الرجل ثلاثه في ثلاثة اطهار وهذا نص في الباب ومثله لا يكذب ولان الكراهه لمكانه
احتمال الندم والطلاق في طهر لا جماع فيه دليل عدم الندم لان الطهر الذي لا جماع فيه
زمان كمال الرغبه والعاقل لا يطلق امراته في زمان كمال الرغبه الا لشده حاجته الي الطلا
فالظاهر انه يلحقه الندم فكان طلاقا لحاجة فيكون مسنونا ولو لحقه الندم فهو اقرب
الي التدارك من الثلاث في ثلاثة اطهار فكان احسن وانما شرطنا ان يكون في طهر
لا طلاق فيه لان الجمع بين الطلقات الثلاث او الطلاقين في طهر واحد مكروه عندنا
وانما شرطنا ان لا يكون في حيضة جماع ولا طلاق لانه اذا جامعها في حيض هذا الطهر
احتمل انه وقع الجماع معلقا فيظهر الحبل فيندم على صنيعه فيظهر انه طلق لا لحاجه
واذا طلقها فيه فالطلاق فيه بمنزلة الطلاق في الطهر الذي بعده لان تلك الحيضه
لا يعتد بها ولو طلقها في الطهر يكره له ان يطلقها اخري فيه فكذا اذا طلقها ثم طهرت
واما في الحامل اذا استبان حملها فالاحسن ان يطلقها واحدة رجعيه وان كان قد جامعها
وطلقها عقيب الجماع لان الكراهه في ذوات القرء لاحتمال الندامه لا لاحتمال الحبل

فمتى طلقها مع علمه بالحبل فالظاهر انه لا يندم وكذلك في ذوات الاشهر من الايسه
والصغيره الاحسن ان يطلقها واحدة رجعيه وان كان عقيب طهر جامعها فيه وهذا
قول اصحابنا الثلاثه رحمهم الله وقال زفر رحمه الله يفصل بين طلاق الايسه والصغيره
بالاحسن وبين جماعها بشهر وجه قوله ان الشهر في حق الايسه والصغيره
اقيم مقام الحيضه فيمن تحيض فكذا يفصل بينهما فيمن لا تحيض بشهر كما يفصل
بين التطليقتين ولنا ان كراهة الطلاق في الطهر الذي وجد فيه الجماع
في ذوات الاقرا لاحتمال ان تحبل بالجماع فيندم وهذا المعني لا يوجد في
الايسه والصغيره وان وجد الجماع ولان الاياس والصغر في الدلاله
على براة الرحم فوق الحيضه في ذوات الاقرا فلما جاز الايقاع ثمه عقيب
الحيضه فلان يجوز ههنا عقيب الجماع اولي واما الحسن في الحرة التي هي
ذوات القرو ان يطلقها ثلاثا في ثلاثة اطهار لا جماع فيها بان يطلقها واحدة
في طهر لا جماع فيه ثم اذا حاضت حيضة اخري وطهرت طلقها اخري ه
وان كانت امة طلقها واحدة ثم اذا حاضت وطهرت طلقها اخري وهذا
قول عامة العلما رحمهم الله تعالي وقال مالك رحمه الله لا اعرف طلاق
السنه الا ان يطلقها واحدة ويتركها حتى تنقضي عدتها وجه قوله
ان الطلاق المسنون هو الطلاق لحاجه والحاجة تندفع بالطلقة الواحدة
فكانت الثانيه والثالثه في الطهر الثاني والثالث من غير حاجة
فيكره ولهذا اكره الجمع كذا التفريق اذ كل ذلك طلاق من غير حاجة
ولنا قوله تعالي فطلقوهن لعدتهن اي ثلاثا في ثلاثة اطهار
كذا فسر رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه روي ان عبد الله بن عمر
طلق امراته حالة الحيض فسال عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اخطات السنه ما هذا امرك
ربك ان من السنه ان تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل طهر تطليقه
فتلك العده التي امر الله تعالي ان تطلق لها النسا فسر رسول الله
صلى الله عليه وسلم الطلاق للعدة بالثلاث في ثلاثة اطهار ه
والله تعالي امر به وادني درجات الامر الندب والمندوب
اليه يكون حسنا ولان رسول الله صلى الله عليه وسلم نص على كونه
سنه حيث قال ان من السنه ان تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها
لكل طهر تطليقه والدليل عليه ما روينا عن ابراهيم النخعي في حكايته
عن الصحابه رضي الله عنهم وكان ذلك عندهم احسن من ان يطلق الرجل
امراته ثلاثا في ثلاثة اطهار واذا كان ذلك من هذا كان حسنا في نفسه
ضرورة واما قوله ان الثانيه والثالثه تطليقه من غير حاجة فممنوع فان
الانسان قد يحتاج الي حسم باب نكاح امراته على نفسه لما ظهر له ان نكاحها

لبس بسبب المضطر له دينا ودنيا لكن عيل قلبه الى الحسن ظاهرها فيحتاج
الى الحسم على وجه ينسد باب الوصول اليها ولا يلحقه الندم ولا يمكنه
دفع هذه الحاجة بالثلاث جملة واحدة لانها تعقب الندم عسى ولا يمكنه
التدارك فيقع في الزنا فيحتاج الى ايقاع الثلاث في ثلثة اطهار
فيطلقها تطليقة رجعية في طهر لا جماع فيه ويجرب نفسه انه هل
يمكنه الصبر عنها فان لم يمكنه راجعها وان امكنه طلقها تطليقة اخرى
في الطهر الثاني ويجرب نفسه ثم يطلقها ثالثة في الطهر الثالث
فيحسم باب النكاح عليه من غير ندم يلحقه ظاهرا او غالبا فكان
ايقاع الثانية والثالثة في الطهر الثاني والثالث طلاقا للحاجة
فكان مسنونا على ان الحكم تعلق بدليل الحاجة لا بحقيقتها لكونها امرا
باطنا لا يوقف عليه الا بدليل فيقام الطهر الخالي عن الجماع مقام
الحاجة الى الطلاق فكان تكرر الطهر دليل تجدد الحاجة
فيبتني الحكم عليه ثم اذا وقع عليها ثلاث تطليقات في ثلاثة
اطهار فقد مضى من عدتها حيضتان ان كانت حرة لان العدة بالحيض
عندنا وبقيت حيضة واحدة فاذا حاضت حيضة اخرى فقد انقضت
عدتها وان كانت من ذوات الاشهر طلقها اخرى ثم اذا
كانت حرة ثم اذا كانت حرة وقع عليها ثلاث تطليقات ومضى
من عدتها شهران وبقي شهر واحد من عدتها فاذا مضى شهر اخر
فقد انقضت عدتها وان كانت امة وقع عليها تطليقتان
في شهر بقي من عدتها نصف شهر فاذا مضى نصف شهر فقد انقضت
عدتها وان كانت حاملا فكذلك في قول ابي حنيفة رحمه الله
وابي يوسف يطلقها ثلاثا للسنة ويفصل بين كل طلاقين بشهر
وقال محمد رحمه الله لا يطلق الحامل للسنة الا واحدة وهو قول
زفر رحمه الله وذكر محمد رحمه الله في الاصل بلغنا ذلك عن عبد الله بن مسعود
وجابر بن عبد الله والحسن البصري ولا خلاف في ان الممتد
طهرها لا تطلق للسنة الا واحدة **وجه قول محمد** وزفر
رحمهما الله ان اباحة التفريق في الشرع متعلقة بتجدد فصول العدة
لان كل فرد في ذوات الاقراء فصل من فصول العدة ومدة الحمل
كلها فصل واحد من العدة لتعذر الاستبرا به في حق الحامل
فلم يكن في معنى مورد الشرع وكل شهر في الآيسة والصغيرة فصل
من فصول العدة ومدة الحمل كلها فصل واحد من العدة لتعذر الاستبرا
به في حق الحامل فلم يكن في معنى مورد الشرع فلا تفصل بالشهر ولهذا
لم تفصل في الممتد طهرها بالشهر كذا هاهنا **وجه قول ابي حنيفة** وابي

يوسف قوله تعالى الطلاق مرتان فامساك لان معناه دفعتان على
ما نذكر فامساك بمعروف او تسريح باحسان شرع الثلث متفرقا من غير
فصل بين الحايل والحامل اما شرعية طلقة وطلقة فبقوله تعالى
الطلاق مرتان لان معناه دفعتان على ما نذكر وشرعية الطلقة
الثالثة بقوله تعالى او تسريح باحسان او بقوله فان طلقها فلا تحل
له من بعد حتى تنكح زوجا غيره من غير فصل ولان الحامل ليست
من ذوات الاقرا فيفصل بين طلاقيها بشهر كالآيسة والصغيرة
والجامع ان الفصل هناك بشهر لكون الشهر زمان تجدد الرغبة في
العادة فيكون زمان تجدد الحاجة وهذا المعنى موجود في الحامل
فيفصل فاما كون الشهر فصلا من فصول العدة فلا اثر له فكان
من اوصاف الوجود لا من اوصاف التاثير انما المؤثر ما ذكرنا
فيبتني الحكم عليه **واما** ذكر محمد رحمه الله في الاصل لا حجة له فيه
لان لفظ الحديث افضل طلاق الحامل ان يطلقها واحدة ثم يدعها
حتى تضع حملها وبه نقول ان ذلك افضل ولا كلام فيه **واما** الممتد
طهرها فانما لا تطلق للسنة الا واحدة لانها من ذوات الاقراء
لانها قد رات الدم وهي شابة لم تدخل في حد الاياس الا انه
امتد طهرها الدا فيها يحتمل الزوال ساعة فساعة فبقي احكام
ذوات الاقرا فيها ولا تطلق ذات القرء في طهر لا جماع فيه للسنة
الا واحدة للسنة والله اعلم ولو طلق امراته تطليقة واحدة
في طهر لا جماع فيه ثم راجعها فالقول في ذلك الطهر فله ان يطلقها
في ذلك الطهر في قول ابي حنيفة رحمه الله وزفر وقال ابو يوسف
رحمه الله لا يطلق في ذلك الطهر للسنة وهو قول الحسن بن زياد
وقول محمد مضطرب ذكره ابو جعفر الطحاوي مع قول ابي حنيفة
وذكره الفقيه ابو الليث مع قول ابي يوسف ولو ابانها في طهر لم
يجامعها فيه ثم تزوجها فله ان يطلقها في ذلك الطهر بالاجماع
وجه قول ابي يوسف رحمه الله ان الطهر طهر واحد والجمع بين
طلاقين في طهر واحد لا يكون سنة قبل الرجعة **وجه قول ابي حنيفة**
رحمه الله انه لما راجعها فقد ابطل حكم الطلاق وجعل الطلاق
كان لم يكن في حق الحكم ولانها عادت الى الحالة الاولى بسبب
من جهته فكان له ان يطلقها اخرى كما اذا ابانها في طهر لم يجامعها
فيه ثم تزوجها **وعلى** هذا الخلاف اذا راجعها بالقبلة او باللمس عن
شهوة او بالنظر الى فرجها عن شهوة **وعلى** هذا الخلاف اذا امسكها
امسك الرجل امراته بشهوة فقال لها في حال الملامسة بشهوة بان كان

اخذ بيدها لشهوة انت طالق ثلاثا للسنه وذلك في طهر لم يجامعها فيه
انه يقع عليها ثلاث تطليقات على التعاقب للسنه في قول ابي حنيفه
رحمه الله فتقع التطليقة الاولى ويصير مراجعا لها بالامساك عن شهوة
ثم تقع الاخرى ويصير مراجعا بالامساك ثم تقع الثالثه وعند ابي يوسف
رحمه الله لا يقع عليها للسنه الا واحده والطلاقات الباقيات انما
يقعان في الطهر بن الباقيين وهذا اذا راجعها بالقول او بالفعل اللمس
عن شهوه فاما اذا راجعها بالجماع بان طلقها في طهر لا جماع فيه ثم
جامعها حتى صار مراجعا لها ثم اراد ان يطلقها في ذلك الطهر
ليس له ذلك بالاجماع لان حكم الطلاق قد بطل بالمراجعه فبقي
ذلك الطهر طهرا مبتدا جامعها فيه فلا يجوز له ان يطلقها فيه
هذا اذا راجعها بالجماع فلم تحبل منه فان حبلت منه فله ان يطلقها
اخرى في قول ابي حنيفه ومحمد وزفر رحمهم الله وعند ابي يوسف رحمه الله
ليس له ان يطلقها حتى يمضي شهر من التطليقة الاولى **ابو يوسف**
رحمه الله يقول هذا طهر واحد فلا يجمع فيه بين طلاقين كما في المسئلة
الاولى وهم يقولون ان الرجعة ابطلت حكم الطلاق والحقته بالعدم
وكراهة الطلاق في الطهر الذي جامعها فيه لمكان الندم لاحتمال الحمل
فاذا طلقها مع العلم بالحمل لا يندم كما لو لم يكن في هذا الطهر ولكنه
جامعها فيه فحملت كان له ان يطلقها لما قلنا كذا هذا **و**لو طلق
الصغير تطليقة ثم حاضت وطهرت قبل مضي شهر فله ان يطلقها
اخرى في قولهم جميعا لانها لما حاضت فقد بطل حكم الشهر لان الشهور في
حقها بدل عن الحيض ولا حكم للبدل مع وجود المبدل **واما** اذا طلق امرأته
وهي من ذوات الاقراء ثم ايست فله ان يطلقها اخرى حين تيأس
في قول ابي حنيفه وقال ابو يوسف لا يطلقها حتى يمضي شهر **وجه قوله**
ان هذا طهر واحد فلا يحتمل طلاقين **وجه قول ابي حنيفه** رحمه الله
ان حكم الحيض قد بطل بالاياس وانتقل حالها من العده بالحيض الى
الى العده بالشهور وذلك يفصل بين التطليقتين كالانتقال من
الشهور الى الحيض في الصغيره **وهذا التفريع** انما يتصور على الرواية
التي قدر للاياس حدا معلوما خمسين سنة او ستين فاذا تمت هذه
المده بعد التطليقة جاز له ان يطلقها اخرى عند ابي حنيفه لما ذكرنا
فاما على الرواية التي لم تقدر للاياس مدة معلومة وانما
علقته بالعاده فلا يتصور هذا التفريع ولو طلق امرأته في حالة
الحيض ثم راجعها ثم اراد طلاقها ذكر في الاصل انها اذا طهرت
ثم حاضت ثم طهرت طلقها ان شا وذكر ابو جعفر احمد بن محمد الطحاوي

انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضه وذكر ابو الحسن عبيد الله الكرخي
انما ذكر الطحاوي قول ابي حنيفه رحمه الله وما ذكر في الاصل قول ابي
يوسف ومحمد رحمهما الله **وجه ما ذكر في الاصل** ما روي ان النبي صلى
الله عليه وسلم قال لعمر رضي الله عنه لما طلق ابنه عبد الله امرأته
في حالة الحيض مر ابنك فليراجعها ثم يدعها حتى تحيض فتطهر ثم تحيض
فتطهر ثم ليطلقها ان شا طاهرا من غير جماع امره بترك الطلاق الى
غاية الطهر الثاني فدل ان طلاق السنه هو الطهر الثاني دون الاول
ولان الحيضه التي طلقها فيها غير محسوبة من العدة فكان ايقاع
الطلاق فيها كايقاع الطلاق في الطهر الذي يليها ولو طلق في
الطهر لم يكن له ان يطلق فيه اخرى كذا هذا **وجه ما ذكره الطحاوي**
رحمه الله ان هذا طهر لا جماع فيه ولا طلاق حقيقة فكان له ان يطلقها
فيه كالطهر الثاني **واما الحديث** فقد روينا ان النبي صلى الله
عليه وسلم قال لعبد الله بن عمر اخطات السنه ما هكذا امرك
ربك ان من السنه ان تستقبل الطهر فتطلقها لكل طهر تطليقة
جعل الطلاق في كل طهر طلاقا على وجه السنه والطهر الذي
يلي الحيضه طهر فكان الايقاع فيه ايقاعا على وجه السنه فيجمع بين
الروايتين فيحمل تلك الروايه على الاحسن لانه امر بالتطليقة
الواحده في طهر واحد لا جماع فيه وهذا احسن الطلاق وهذه
الروايه على الحسن لانه امر بالثلاث في ثلاث اطهار جمعا بين
الروايتين عملا بهما جميعا بقدر الامكان **فصل واما**
بيان الالفاظ التي يقع بها طلاق السنه **فالالفاظ** التي يقع بها طلاق
السنه نوعان **نص ودلاله** اما النص **فنحو** ان يقول انت طالق للسنه
وجملته ان الرجل اذا قال لامرأته وهي مدخول بها انت طالق للسنه
ولا نية له فان كانت من ذوات الاقراء وقعت تطليقة للحال ان كانت
طاهرة من غير جماع وان كانت حائضا او في طهر جامعها فيه لم تقع
الساعه فاذا حاضت وطهرت وقعت بها تطليقة لان قوله انت
طالق للسنه ايقاع تطليقة مختصه فاذا ادخل لام التعريف في
السنه فيقتضي استغراق السنه وهذا يوجب تمحضها سنة بحيث
لا يشوبها معنى البدعه او ينصرف الى السنه المتعارفه فيما بين
الناس والسنه المتعارفه المعهوده في باب الطلاق ما لا يشوبها
معنى البدعه او ينصرف الى السنة المتعارفه فيما بين الناس وليس
ذلك الا الواقع في طهر لا جماع فيه وان نوى ثلاثا فثلاث لان
التطليقة المختصه بالسنه المعرفه بلام التعريف **نوعان** حسن واحسن

فالاحسن ان يطلقها واحدة في طهر لا جماع فيه والحسن ان يطلقها ثلاثا في
ثلاثة اطهار فاذا نوى الثلاث فقد نوى احد نوعي التطليقة المختصة بالسنة
فتصح نيته كما لو قال انت طالق ثلاثا للسنة وان اراد واحدة بائنة
لم تكن بائنة لان لفظة الطلاق لا تدل على البينونة وكذا لفظة
السنة بل تمنع ثبوت البينونة لان الابانة ليست بمسنونة على ظاهر
الرواية ويستحيل ان يثبت باللفظ ما يمنع ثبوته وان نوى الثنتين
لم تكن ثنتين لانه عدد محض بخلاف الثلاث لانه فرد من حيث
انه كل جنس الطلاق ولو اراد بقوله طالق واحدة وبقوله للسنة
اخرى لم يقع لان قوله للسنة ليس من الفاظ الطلاق بدليل
انه لو قال لامراته انت للسنة ونوى الطلاق لا يقع ولو قال
انت طالق للسنة او ثلاثا للسنة وقع عند كل طهر لم يجامعها تطليقة
لانها هي التطليقة المختصة بالسنة المعروفة بلام التعريف
ولو قال انت طالق ثلاثا للسنة ونوى الوقوع للحال صحت نيته
ويقع الثلاث ساعة تكلم عند اصحابنا الثلاثة رحمهم الله ولو قال
وقال زفر لا تصح نيته ويتفرق على الاطهار **وجه قوله** انه
نوى ما لا يحتمله لفظه فبطل نيته وبيان ذلك ان قوله انت
طالق ثلاثا للسنة ايقاع التطليقات الثلاث في ثلاثة اطهار لانها
هي التطليقات المختصة بالسنة المعرفة بلام التعريف فصار كانه
قال انت طالق ثلاثا في ثلاثة اطهار ولو نص على ذلك ونوى
الوقوع للحال لم تصح نيته كذا هذا **ولنا** ان الطلاق تصرف
مشروع في ذاته وانما الحظر والحرمة في غيره لما نبين فكان كل
طلاق في اي وقت كان سنة فكان ايقاع الثلاث في الحال ايقاعا
على وجه السنة حقيقة الا ان السنة عند الاطلاق تنصرف الى ما لا
يشوبه معنى البدعة بملازمة الحرام اياه للعرف والعادة فاذا
نوى الوقوع للحال فقد نوى ما يحتمله كلامه وفيه تشديد على نفسه
فتصح نيته ولان السنة نوعان **سنة** ايقاع **وسنة** وقوع
لان وقوع الثلاث جملة عرف بالسنة لما نبين فقد نوى احد نوعي
السنة فكانت نيته محتملة لما نوى فصحت وان كانت آيسة او صغيرة
فقال لها انت طالق للسنة ولا نية له طلقت للحال واحدة وان كان
قد جامعها وكذا ان كانت حاملا قد استبان حملها وان نوى الثلاث
بقوله للآيسة والصغيرة انت طالق للسنة او قال انت طالق
ثلاثا للسنة يقع للحال واحدة وبعد شهر اخرى وكذا في الحامل على
قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا يقع الا واحدة بناء على ان الحامل

تطلق

تطلق ثلاثا للسنة عندهما وعنده لا تطلق للسنة الا واحدة ولو قال انت
طالق تطليقة للسنة وكذلك اذا قال انت طالق طلاق السنة **واما الدلالة**
فنحو ان يقول انت طالق طلاق العدل او طلاق الدين او طلاق الاسلام
او طلاق الحق او طلاق القرآن او طلاق الكتاب **اما** طلاق العدل
فلانه الطلاق في طهر لا جماع فيه لقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وطلاق
العدل هو المائل عن الباطل الى الحق لان العدل عند الاطلاق
ينصرف اليه وان كان الاسم في اللغة وضع دلالة على مطلق الميل
كاسم الجور عند الاطلاق ينصرف الى الميل من الحق الى الباطل
وان وضع في اللغة دلالة على مطلق الميل والطلاق المائل
من الباطل الى الحق هو طلاق السنة وطلاق الدين والاسلام
والقرآن والكتاب هو طلاق السنة وكذلك قوله انت طالق
احسن الطلاق او اجمل الطلاق او اعدل الطلاق لانه ادخل الف
التفضيل واضاف الى الطلاق المعرف باللام الواقع على الجنس
فيقتضي وقوع طلاق له مزية على جميع انواع الطلاق بالحسن
والجمال والعدالة كما اذا قيل فلان اعلم الناس يوجب هذا
مزية له على جميع انواع طبقات الناس في العلم وهذا تفسير طلاق
السنة ولو قال انت طالق تطليقة حسنة او جميلة يقع للحال ولو
قال انت طالق تطليقة عدلة او عدلية او سنية تقع للسنة في
قول ابي يوسف رحمه الله وسوى بينه وبين قوله انت طالق للسنة
وفرق بينه وبين قوله انت طالق تطليقة حسنة او جميلة وذكر
محمد رحمه الله ان قوله انت طالق تطليقة سنية وصف التطليقة
بكونها سنية وصف التطليقة بكونها سنية والطلاق في اي وقت
كان فهو سني لانه تصرف مشروع وباقتران القبيح به لا يخرج
من ان يكون مشروعا في ذاته وهذا القدر يكفي لصحة الاتصاف
بكونها سنية ولا يشترط الكمال الا ترى انه لو قال لامراته انت
بائن تقع تطليقة واحدة ولا ينصرف الى الكمال وهو البينونة
الحاصلة بالثلاث كذا ههنا ولهذا اوقع الطلاق للحال في قوله
حسنة او جميلة بخلاف قوله انت طالق للسنة لان ذلك ايقاع
تطليقة مختصة بالسنة لان اللام الاولى للاختصاص كما يقال
هذا اللجام لهذا الفرس وهذا الاكاف لهذه البغلة وهذا
الاكاف لهذه القفل لهذا الباب واللام الثانية للتعريف فان
كانت لتعريف الجنس وهو جنس السنة اقتضى صفة التمحض للسنة
وهو ان لا يشوبها بدعة وان كانت لتعريف المعهود فالسنة

المعهوده في باب الطلاق ما لا يشوبه معنى البدعه وهو الطلاق في طهر
لا جماع فيه **وجه قول ابي يوسف** ان هذا ايقاع طلاق بكونه سببا مطلقا
فلا يقع الا على صفة السنة المطلقه والطلاق السني على الاطلاق
لا يقع في غير وقت السنه ولهذا وقع في وقت السنة في قوله انت طالق
للسنه كذا هذا **وفرق ابو يوسف** بين السنيه وبين الحسنه والجميله بان
ما كان الغالب فيه ان يجعل صفة للطلاق يجعل صفة له كقوله سنيه
وعدليه وما كان الغالب فيه ان يجعل صفة للمراه يجعل صفة لها كقوله
حسنه وجميله لان المراه مذكورة في اللفظ بقوله انت والتطليقه
مذكورة ايضا فيحمل على ما يغلب استعمال اللفظ فيه ولو قال لامراته
وهي ممن تحيض انت طالق للحيض وقع عند كل طهر من كل حيضة تطليقة
لان الحيض التي يضاف اليها الطلاق هي اطهار العدة وان كانت
ممن لا تحيض فقال لها انت طالق للحيض لا يقع عليها شي لانه اضاف
الطلاق الى ما ليس بموجود فصار كانه علقه بشرط لم يوجد ولو
قال لها وهي ممن لا تحيض انت طالق للشهور يقع للحال واحده
وبعد شهر اخرى لان الشهور التي يضاف اليها الطلاق وهي شهور
العدة وكذا الحامل على قول ابي حنيفه رحمه الله وابي يوسف ولو
نوى بشي من الالفاظ التي يقع بها طلاق السنه وهو الطهر الذي
لا جماع فيه الوقوع للحال يصح نيته ويكون على ما عنى لانه نوى
ما يحتمله كلامه اما في لفظ الاحسن والاجمل والاعدل فلان افعل
التفضيل قد يذكر ويراد به مطلق الصفه **قال الله تعالى**
وهو اهون عليه اي هين عليه اذ لا تفاوت للاشيا في قدرة الله
تعالى بل هي بالنسبة الى قدرته تعالى سوا وقد نوى ما يحتمله لفظه
ولا تهمة في العدول عن الظاهر لما فيه من التشديد على نفسه
فكان مصدقا وكذا في ساير الالفاظ لما ذكرنا ان الطلاق نفسه
مشروع في نفسه فكان ايقاعه سنه في كل وقت اولان وقوعه عرف
بالسنه **وذكر** بشر عن ابي يوسف ان هذا النوع من الالفاظ اقسام
ثلاثه **قسم منها** يكون طلاق السنه فيما بينه وبين الله تعالى وفي
القضا نوى او لم ينو **وقسم منها** ما يصدق فيه اذا قال نويت
به طلاق السنه فيما بينه وبين الله تعالى ويقع في اوقاتها ولا يصدق
في القضا بل يقع للحال **اما القسم الاول** فهو ان يقول انت طالق
للعدة او انت طالق طلاق العدل او طلاق الدين او طلاق الاسلام
او قال انت طالق طلاقا عدلا او طلاق عدة او احسن الطلاق او
اجمل الطلاق او طلاق الحق او طلاق القران او طلاق الكتاب او قال

انت طالق للسنه او بالسنه او مع السنه او عند السنه او على السنه **واما
القسم الثاني** فهو ان يقول انت طالق في كتاب الله او مع كتاب الله لان في كتاب
الله دليل وقوع طلاق السنه والبدعه لان فيه شرع الطلاق مطلقا فكان
الطلاق تصرفا مشروعا في نفسه فكان كلامه محتملا الامرين فوقف على
نيته **واما القسم الثالث** فهو ان يقول انت طالق على الكتاب او بالكتاب
او على قول القضاه او على قول الفقها او قال انت طالق طلاق القضاه
او طلاق الفقها لان الفقها والقضاه يقولون من كتاب الله تعالى
قال الله تعالى ولا رطب ولا يابس الا في كتاب مبين وفي كتاب الله جل
ذكره دليل الامرين جميعا لما بينا فكان لفظه محتملا للامرين فيصدق فيما
بينه وبين الله تعالى ويقع في وقت السنه ولا يصدق في القضا لانه
خلاف الظاهر والله اعلم ولو كان الزوج غايبا فاراد ان يطلقها
للسنه واحده فانه يكتب اليها اذا جاءك كتابي هذا ثم حضت وطهرت
فانت طالق ثم اذا حضت وطهرت فانت طالق **وذكر في الرقيات**
انه يكتب اذا جاءك كتابي هذا فعلمت ما فيه ثم حضت وطهرت فانت طالق
وتلك الروايه احوط **واما طلاق البدعة** فالكلام فيه في ثلاثه
مواضع **في** تفسيره **وفي** بيان الالفاظ التي يقع بها طلاق البدعه
وفي بيان حكمه **اما الاول** فطلاق البدعه نوعان ايضا **نوع** يرجع
الى الوقت **ونوع** يرجع الى العدد **اما** الذي يرجع الى الوقت
فنوعان ايضا **احدهما** الطلقة الواحده الرجعيه في حالة الحيض
اذا كان مدخولا بها سوا كانت حرة او امه لما روينا عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه قال لعبد الله بن عمر حين طلق امراته
في حالة الحيض اخطات السنه ولان فيه تطويل العدة عليها لان
الحيضه التي صادفها الطلاق غير محسوبه من العدة فتطول العدة
عليها وذلك اضرار بها ولان الطلاق للحاجه هو الطلاق في
زمان كمال الرغبه وزمان الحيض زمان النفره فلا يكون الاقدام
عليه فيه دليل الحاجه الى الطلاق فلا يكون الطلاق فيه سنه
بل يكون سفها الا ان هذا المعنى يشكل بما قبل الدخول فالصحيح
هو المعنى الاول واذا طلقها في حالة الحيض فالافضل له ان
يراجعها **لما روي** ان ابن عمر لما طلق امراته في حالة الحيض امره
النبي صلى الله عليه وسلم ان يراجعها ولانه اذا راجعها امكنه
ان يطلقها للسنه فيتبين منه بطلاق غير مكروه وكانت الرجعه
اولى ولو امتنع عن المراجعه لا يجبر عليها وذكر في العيون
ان الامه اذا اعتقت فلا باس ان تختار نفسها وهي حائض

وكذلك الصغيره اذا ادركت وهي حايض وكذلك امراة العنين وهي حايض
والثاني الطلقة الواحده الرجعيه في ذوات الاقرا في طهر جامعها فيه حرة
كانت او امة لاحتمال انها حملت بذلك الجماع وعند ظهور الحمل يندم
فتبين انه طلقها لا لحاجة وفايده فكان سفها فلا يكون سنه ولانه اذا
جامعها فقد قلت رغبته اليها فلا يكون الطلاق في ذلك الطهر طلاقا
لحاجة على الاطلاق فلا يكون سنه **واما** الذي يرجع الى العدد فهو
ايقاع الثلاث او الثنتين في طهر واحد لا جماع فيه سوا كان على الجمع
بان اوقع الثلاث جملة واحدة او على التفاريق واحدا بعد واحد
ان كان الكل في طهر واحد وهذا قول اصحابنا رضي الله عنهم **وقال**
الشافعي رحمه الله لا اعرف في عدد الطلاق سنة ولا بدعه بل هو مباح
وانما السنه والبدعه في الوقت فقط **احتج** بعمومات الطلاق من الكتاب
والسنه **اما** الكتاب فقوله سبحانه وتعالى فطلقوهن لعدتهن
وقوله تعالى الطلاق مرتان وقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم
النسا ما لم تمسوهن شرع الطلاق من غير فصل بين الفرد والعدد
والمتفرق والمجتمع **واما السنه** فقوله صلى الله عليه وسلم كل
طلاق جايز الا طلاق الصبي والمعتوه **والدليل** على ان عدد الطلاق
في طهر واحد مشروع انه معتبر في حق الحكم بلا خلاف بين الفقها
وغير المشروع لا يكون معتبرا في حق الحكم وبيع الميته والدم والخمر
والخنزير ونكاح المحارم لما لم يكن مشروعا لم يكن معتبرا في حق الحكم
بلا خلاف بين الفقها وغير المشروع لا يكون معتبرا في حق الحكم
وبيع الميته وههنا لما اعتبر في حق الحكم دل انه مشروع ولهذا
عرفت شرعية الطلقة الواحده في طهر واحد والثلاث في ثلاثة
اطهار كذا المجتمع **ولنا** الكتاب والسنه والمعقول
اما الكتاب فقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن اي في اطهار عدتهن
وهو الثلاث في ثلاثة اطهار كذا فسره رسول الله صلى الله عليه
وسلم على ما ذكرنا والامر بالتفريق يكون نهيا عن الجمع **ثم** ان كان
الامر امر ايجاب كان نهيا عن ضده وهو الجمع نهي تحريم وان كان امر
ندب كان نهيا عن ضده وهو الجمع نهي ندب وكل ذلك حجة على المخالف
لان الاول يدل على التحريم والاخر يدل على الكراهه وهو لا يقول بشي
من ذلك **وقوله** تعالى الطلاق مرتان اي دفعتان **الا ترى** ان من اعطى
اخر درهمين لم يجز ان يقال اعطاه مرتين حتى يعطيه دفعتين **وجه
الاستدلال** ان هذا وان كان ظاهره الخبر فان معناه الامر لان الحمل
على ظاهره يودي الى الخلف في خبر من لا يحتمل خبره الخلف لان الطلاق

على سبيل الجمع قد يوجد وقد يخرج اللفظ مخرج الخبر على ارادة الامر
قال الله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن اي ليتربصن **وقال الله**
تعالى والوالدات يرضعن اولادهن اي ليرضعن ونحو ذلك كذا هذا
فصار كانه قال طلقوهن مرتين اذا اردتم الطلاق والامر بالتفريق
نهي عن الجمع لانه ضده فيدل على كون الجمع حراما او مكروها على ما بينا
فان قيل هذه الايه حجة عليكم لانه ذكر جنس الطلاق وجنس الطلاق
ثلاث والثلاث اذا اوقع دفعتين كان الواقع في دفعة طلقتان
فيدل على كون الطلقتين مسنونتين **فالجواب** ان هذا امر
بتفريق الطلاقين من الثلاث لا بتفريق الثلاث لانه امر بالرجعة
عقيب الطلاقين مرتين اي دفعتين بقوله تعالى فامساك بمعروف
وهو الرجعه وتفريق الثلاث وهو ايقاعها دفعتين لا يعقبه
الرجعه فكان هذا امرا بتفريق الطلاقين من الثلاث لا بتفريق
كل جنس الطلاقين وهو الثلاث والامر بتفريق طلاقين من
الثلاث يكون نهيا عن الجمع بينهما فوضح الاشكال وصح الاحتجاج
بالايه بحمد الله وكرمه **واما السنه** فما روي عن رسول الله صلى
الله عليه انه قال تزوجوا ولا تطلقوا فان الطلاق يهتز له
عرش الرحمن نهى عن الطلاق ولا يجوز ان يكون النهي عن الطلاق
عن الطلاق لعينه لانه قد بقي معتبرا شرعا في حق الحكم بعد النهي
فعلم ان ها هنا غيرا حقيقيا ملازما للطلاق يصلح ان يكون منهيا
فكان النهي عنه لا عن الطلاق ويجوز ان يمنع عن المشروع لمكان الحرام
الملازم له كما في الطلاق في حالة الحيض والبيع وقت النداء
والصلاة في الارض المغصوبه وغير ذلك **وقد روى** عن عمر رضي الله
عنه انه كان لا يوتى برجل طلق امراته ثلاثا الا اوجعه ضربا واجاز
ذلك عليه وذلك بمحضر من الصحابه رضي الله عنهم فيكون اجماعا
واما المعقول فمن وجوه **احدها** ان النكاح عقد مصلحة لكونه
وسيلة الى مصالح الدين والدنيا والطلاق ابطال له وابطال
المصلحة مفسدة **وقد قال الله** تعالى والله لا يحب الفساد وهذا
معنى الكراهة الشرعيه عندنا ان الله تعالى لا يحبه ولا يرضى به الا
انه قد يخرج من ان يكون مصلحة لعدم توافق الاخلاق وتباين الطباع
او لفساد يرجع الى نكاحها بان علم الزوج ان المصالح تفوته بنكاح
هذه المراه او ان المقام معها سبب فساد دينه ودنياه فتنقلب المصلحة
في الطلاق ليستوفي مقاصد النكاح من امراة اخرى الا ان احتمال انه
لم ينظر حق التامل ولم ينظر حق النظر في العاقبه قايم فالشرع والعقل

الحرام

واتخاذه

يدعوا الى الحظر وذلك في ان يطلقها طلقة واحدة رجعية حتى ان التباين او
الفساد اذا كان من جهة المراة تتوب وتعود الى الصلاح اذا ذاقت مرارة
الفراق وان كانت لا تتوب نظر في حاله نفسه انه هل يمكنه الصبر عنها
فان علم انه لا يمكنه الصبر عنها يطلقها في الطهر الثاني ثانيا وجرب نفسه
ثم يطلقها فيخرج نكاحها من ان يكون مصلحة ظاهرا وغالبا لانه لا يلحقه
الندم غالبا فاستحب الطلقة والثلاث في ثلثة اطهار لعلة تقدير خروج
النكاح من ان يكون مصلحة وصيرورة المصلحة في الطلاق فاذا طلقها
ثلثا جملة واحدة في حالة الغضب وليست حالة الغضب حالة التامل
لم يعرف خروج النكاح من ان يكون مصلحة فكان الطلاق الحاصل
للمصلحة من حيث الظاهر فكان مفسدة **والثاني** ان النكاح عقد
مسنون بل هو واجب لما ذكرنا في كتاب النكاح فكان الطلاق قطعا
للسنة وتفويتا للواجب فكان الاصل هو الحظر والكراهة الا
انه رخص للتاديب او للتخليص والتاديب يحصل بالطلقة الواحدة
الرجعية لان التباين او الفساد اذا كان من قبلها فاذا ذاقت
مرارة الفراق فالظاهر انها تتادب فتتوب وتعود الى الموافقة
والصلاح والتخليص يحصل بالثلاث في ثلثة اطهار والثابت
بالرخصة يكون ثابتا بطريق الضرورة وحق الضرورة وحق الضرورة
صار مقضيا بما ذكرنا فلا ضرورة الى الجمع بين الثلاث في طهر واحد
فبقي ذلك على اصل الحظر **والثالث** انه اذا طلقها ثلثا في طهر واحد
فربما يلحقه الندم **وقد** قال الله تعالى لا تدري لعل الله يحدث بعد
ذلك امرا قيل في التفسير اي ندامة على ما سبق من فعله او رغبة فيها
ولا يمكنه التدارك بالنكاح فيقع في السفاح وكان في الجمع احتمال
الوقوع في الحرام والنهي في الامتناع ذلك والتحرز عن مثله واجب
شرعا وعقلا بخلاف الطلقة الواحدة لانها لا تمنع من التدارك بالر
وبخلاف الثلاث في ثلثة اطهار لان ذلك لا يعقب الندم ظاهرا لانه
يجرب نفسه في الاطهار الثلاثة فلا يلحقه الندم وقد خرج الجواب عما
ذكره المخالف لان الطلاق عندنا تصرف مشروع في نفسه الا انه ممنوع
عنه لغيره لما ذكرنا من الدلائل ويستوي في كراهة الجمع ان تكون المراة
حرة او امة مسلمة او كتابية لان الموجب للكراهة لم يوجب الفصل
وهو ما ذكرنا من الدلائل والخلع في الطهر الذي لا جماع فيه غير مكروه
بالاجماع واما الطلاق الواحدة البائنة روايتان ذكر في كتاب الطلاق
انه يكره وذكر في كتاب زيادات الزيادات انه لا يكره لت
وجه تلك الرواية ان الطلاق البائن لا يفارق الرجعي الا في صفة

البينونة وصفة البينونة لا تنافي صفة السنة الا ترى ان الطلقة الواحدة
قبل الدخول بائنة وانها سنة وكذا الخلع في طهر لا جماع فيه بائن وانه
سنة **وجه رواية كتاب الطلاق** ان شرع الطلاق في الاصل بطريق الرجعة
للحاجة على ما بينا ولا حاجة الى البائن لان الحاجة تندفع بالرجعي فكان البائن
طلاقا من غير حاجة فلم يكن سنة ولان فيه احتمال الوقوع في الحرام
لاحتمال الندم ولا يمكنه المراجعة وربما لا توافقه المراة في النكاح
فيتبعها بطريق حرام وليس في الامتناع عنه احتمال الوقوع في الحرام
فيجب التحرز عنه بخلاف الطلاق قبل الدخول لانه طلاق لحاجة
لانه قد يحتاج الى الطلاق قبل الدخول ولا يمكن دفع الحاجة بالطلاق
الرجعي ولان الطلاق قبل الدخول لا يتصور ايقاعه الا بائنا
فكان طلاقا لحاجة فكان مسنونا وكذلك الخلع لانه يقع الحاجة
الى الخلع ولا يتصور ايقاعه الا بصفة الابانة **الا ترى** انه
لا يتصور ان يكون رجعيا ولان الله تعالى رفع الجناح في الخلع مطلقا
بقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به فدل على كونه مباحا
مطلقا ثم البدعة في الوقت تختلف فيها المدخول بها وغير المدخول
بها فيكره ان يطلق المدخول بها في حالة الحيض ولا يكره ان يطلق
غير المدخول بها في حالة الحيض لان الكراهة في حالة الحيض
لمكان تطويل العدة ولا يتحقق ذلك في غير المدخول بها واما كونها
طاهرا من غير جماع فلا يتصور في غير المدخول بها **واما** البدعة
في العدد فيستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها لان ما ذكرنا
من الدلائل لا يوجب الفصل بينهما وكذا يستوي في السنة
والبدعة المسلمة والكتابية والحرة والامة لان الدلائل لا توجب
الفصل بين الكل **واما** الالفاظ التي يقع بها طلاق البدعة فنحو ان
يقول انت طالق للبدعة او انت طالق طلاق البدعة او طلاق الجور او
طلاق المعصية او طلاق الشيطان فان نوى ثلاثا فهو ثلاث
لان ايقاع الثلاث في طهر واحد لا جماع فيه والواحد في طهر
جامعها فيه بدعة والطلاق في حالة الحيض بدعة فاذا نوى
الثلاث فقد نوى ما يحتمله كلامه فصحت **وروى** هشام عن محمد
انها واحدة يملك الرجعة لان البدعة لم تجعل لها وقتا في الشرع
لتصرف الاضافة اليه فيلغوا قوله للبدعة ويبقى قوله
انت طالق فيقع به تطليقة واحدة رجعية وكذلك اذا قال انت
طالق طلاق الجور او طلاق المعصية او طلاق الشيطان ونوى
الثلاث وان لم يكن له نية فان كان في طهر جامعها فيه او في حالة

الحيض وقع من ساعته وان لم يكن لا يقع للحال ما لم تحض وتجامعها في ذلك
الطهر والله اعلم **واما حكم** طلاق البدعة فهو انه واقع عند عامة العلما
وقال بعض الناس انه لا يقع وهو مذهب الشيعة ايضا **وجه قولهم** ان هذا
طلاق منهي لما ذكرنا من الدلايل فلا يكون مشروعا وغير المشروع لا يكون معتبرا
في حق الحكم ولان الله تعالى جعل لنا ولاية الايقاع على وجه مخصوص ٥
ومن جعل له ولاية التصرف على وجه لا يملك ايقاعه على غير ذلك
الوجه كالوكيل بالطلاق على وجه السنة اذا طلقها للبدعة انه لا يقع
لما قلنا كذا هذا **ولنا ما روي** عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه
ان بعض ابايه طلق امراته الفا فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم
فقال صلى الله عليه وسلم بانت بالثلاث في معصية وتسعمائة
وسبعون فيما لا يملك **وروي** عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال ان
احدكم يركب الاحموقة فيطلق امراته الفا ثم ياتي فيقول يا ابن عباس
وان الله تعالى قال ومن يتق الله يجعل له مخرجا وانك لم تتق الله
فلا اجد لك مخرجا بانت امراتك وعصيت ربك **وروينا** عن
عمر رضي الله عنه انه كان لا يوتى برجل طلق امراته ثلاثا الا اوجعه
ضربا واجاز ذلك عليه وكانت قضاياه بمحضر من الصحابة رضي
الله عنهم فيكون اجماعا منهم على ذلك **واما** قولهم ان غير المشروع
لا يكون معتبرا في حق الحكم فنعم لكن الطلاق نفسه مشروع عندنا
ههنا ما فيه حظر وانما الحظر والحرمة في غيره وهو ما ذكرنا
من الفساد والوقوع في الزنا والسفه وتطويل العدة واذا
كان مشروعا في نفسه جاز ان يكون معتبرا في حق الحكم وان منع
عنه لغيره كالبيع وقت اذان الجمعة والصلاة في الارض المغصوبة
ونحو ذلك وقد خرج الجواب عن الوجه الثاني ان من ولي ٥
تصرفا لا يملك ايقاعه الا على الوجه الذي ولي ايقاعه لانه تصرف
مشروع في نفسه لا يتصور ايقاعه غير مشروع الا ان بهذا ٥
الطلاق باشر تصرفا مشروعا وارتكب محظورا فياثم بارتكاب
المحظور لا بمباشرة المشروع كما في البيع وقت النداء ونظايره
بخلاف الوكيل لان التوكيل بالطلاق على وجه السنة توكيل بطلاق
مشروع لا يتضمن ارتكاب حرام بوجه فاذا طلقها للبدعة ٥
فقد اتى بطلاق مشروع يلازمه حرام فلم يات بما امر به ٥
فلا يقع فهو الفرق **فصل واما بيان قدر الطلاق**
وعدده **فنقول** وبالله التوفيق الزوجان اما ان كانا حرين
واما ان كانا رقيقين واما ان كان احدهما حرا والاخر رقيقا فان

كانا حرين فالحر يطلق امراته الحرة ثلاث تطليقات بلا خلاف وان كانا
رقيقين فالعبد لا يطلق امراته الامة الا تطليقتين بلا خلاف ايضا
واختلف فيما اذا كان احدهما حرا والاخر رقيقا ان عدد الطلاق
يعتبر بحال الرجل في الرق والحرية ام بحال المراة قال اصحابنا
يعتبر بحال المراة وقال الشافعي رحمه الله يعتبر بحال الرجل حتى ان
العبد اذا كانت تحته حرة يملك عليها ثلاث تطليقات عندنا
وعنده لا يملك عليها الا تطليقتين والحر اذا كانت تحته امة لا يملك
عليها الا تطليقتين عندنا وعنده يملك عليها ثلاث تطليقات ٥
والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله تعالى عنهم **روي** عن
علي وعبد الله بن مسعود مثل قولنا وعن عثمان وزيد بن ثابت مثل قوله
وعن عبد الله بن عمر انه يعتبر بحال ايهما كان رقيقا ولا خلاف
في ان العدة تعتبر بحال المراة **احتج** الشافعي بما روي عن
عبد الله بن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه قال الطلاق بالرجال والعدة بالنسا والمراد منه ٥
اعتبار الطلاق في العدد والعدة لا الايقاع لان ذلك مما لا
يشكل **وروي** عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
يطلق العبد ثنتين وتعتد المراة بحيضتين من غير فصل بينهما
اذا كانت تحته امة او حرة ولان الرق انما يوثر في نقصان
الحل لكون الحل نعمة وانه نعمة في جانب الرجل لا في جانب المراة
لانها مملوكة مرقوقة فلا يوثر رقها في نقصان الحل **ولنا**
الكتاب والسنة والمعقول **اما الكتاب** فقوله تعالى الطلاق
مرتان الى قوله فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح
زوجا غيره والنص ورد في الحرة اخبر الله تعالى ان حل الحرة
يزول بالثلاث من غير فصل بينما اذا كانت تحت حر او تحت
عبد فيجب العمل باطلاقه **والدليل** على ان النص ورد في الحرة قراين
الاية احدها انه قال ولا جناح عليهما فيما افتدت به والامة
لا تملك الافتداء بغير اذن المولى **والثاني** قوله حتى تنكح ٥
زوجا غيره والامة لا تملك نكاح نفسها بغير اذن مولاها **والثالث**
قوله فلا جناح عليهما ان يتراجعا اثبت لها بعد طلاق ٥
الزوج الثاني وذا في الحرة والحر **واما** السنة **فما روي**
عن عايشة رضي الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان جعل طلاق جنس
الاما ثنتين لانه ادخل لام الجنس على الاما كانه قال

طلاق كل امة ثنتان من غير فصل بينهما اذا كان زوجها عبدا او حرا **واما**
المعقول فمن وجهين **احدهما** ان الاصل في الطلاق هو الحظر لما ذكرنا
من الدلائل فيما تقدم الا انه ابيحت الطلقة الواحدة للحاجة الى الخلاص
عند مخالفة الاخلاق لان عند ذلك تصير المصلحة في الطلاق ليزوج
كل واحد منهما بمن يوافقه فيحصل مقاصد النكاح الا ان احتمال الندم
من الجانبين قائم بعد الطلاق كما اخبر الله تعالى لا تدري لعل الله
يحدث بعد ذلك امرا فلو ثبتت الحرمة بطلقة واحدة ولم يشرع طلاق
اخر حتى يتامل الزوج فيه ربما يندم ولا يمكنه التدارك بالرجعة
ولا توافقه المراة في النكاح ولا يمكنه الصبر عنها فيقع في الزنا فابيحت
الطلقة الثانية لهذه الحاجة ولا حاجة الى الطلقة الثالثة الا ان
الشرع ورد به في الحرة اذا كانت تحت حر او عبد اظهارا لخطر النكاح
وابانة لشرفه وملك النكاح في الامة في الشرف والخطر دون
ملك النكاح في الحرة لان شرف النكاح وخطره لما يتعلق به من المقاصد
الدينية والدنيوية منها الولد والسكن ومعلوم ان هذين
المقصودين في نكاح الامة دونهما في الحرة لان ولد الحرة حر وولد
الرقيقة رقيق والمقصود من الولد الاستيناس والاستنصار
به في الدنيا والدعوة الصالحة في العقبى وهذا المقصود لا يحصل
من الولد الرقيق مثل ما يحصل من الحر لكون المرقوق مشغولا بخدمة
المولى وكذا سكون نفس الزوج الى امراته الامة لا يكون مثل
سكونها الى امراته الحرة فلم يكن هذا في معنى مورد الشرع
فبقيت الطلقة فيه على اصل الحظر **والثاني** ان حكم الطلاق زوال
الحل وهو حل المحلية ويتقدر بقدر الحل وحل الامة انقص من
حل الحرة لان الحل الرق ينقص الحل لان الحل نعمة لكونه وسيلة
الى النعمة وهي مقاصد النكاح والوسيلة الى النعمة نعمة وللرق اثر
في نقصان النعمة ولهذا اثر في نقصان المالكية حتى يملك الحر التزوج
باربع نسوة والعبد لا يملك التزوج الا بامراتين **واما الحديثان**
فقد قيل انهما غريبان ثم انهما من الاحاد ولا يجوز تقييد مطلق الكتاب
بخبر الواحد ولا معارضة الخبر المشهور به **ثم نقول** لا حجة فيهما
اما الاول فلان قوله الطلاق بالرجال الصاق الاسم بالاسم
فيقتضي ملصقا محذوفا والملصق المحذوف يحتمل ان يكون هو الايقاع
ويحتمل ان يكون هو الاعتبار فلا يكون حجة مع الاحتمال **وقوله**
الايقاع لا يشكل ممنوع بل قد يشكل وبيان الاشكال من وجهين **احدهما**
ان النكاح مشترك بين الزوجين في الانعقاد والاصل في كل عقد كان

انعقاده

انعقاده بجانبين ان يكون ارتفاعه بهما ايضا كالبيع والاجارة ونحوهما
والثاني انه مشترك بينهما في الاحكام والمقاصد فيشكل ان يكون
الايقاع بهما على الشركة فحل الاشكال بقوله الطلاق بالرجال **واما**
الثاني ففيه ان العبد يطلق ثنتين وهذا لا ينفي الثالثة كما يقال
فلان يملك درهمين وقوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة ثنتان
اضافة الطلاق الى الامة والاضافة للاختصاص فيقتضي ان يكون
الطلاق المختص بالامة ثنتان ولو ملك الثالثة عليها لبطل الاختصاص
ومثاله قول القائل مال فلان درهمان انه ينفي الزيادة لما قلنا
كذا هذا وقد خرج الجواب عن قوله ان الحل في جانبها ليس بنعمة لانا
بينا انه نعمة في حقها ايضا لكونه وسيلة الى النعمة نعمة

فصل واما بيان ركن الطلاق

فركن الطلاق هو اللفظ
الذي جعل دلالة على معنى الطلاق لغة وهو التخلية والارسال
ورفع القيد في الصريح وقطع الوصلة ونحوه في الكناية او شرعا
وهو ازالة حل المحلية في النوعين او ما يقوم مقام اللفظ
اما اللفظ فمثل ان يقول في الكناية انت بائن او ابنتك ويقول في الصريح
انت طالق او طلقتك وما يجري هذا المجرى الا ان التطليق والطلاق
في العرف يستعملان في المراة خاصة والاطلاق يستعمل في غيرها يقال
في المراة طلق يطلق تطليقا وطلاقا وفي البعير والاسير ونحوهما
يقال اطلق يطلق اطلاقا وان كان المعنى في اللفظين لا يختلف في اللغة
ومثل هذا جائز كما يقال حصان وحصان وعديل وعدل فالحصان
بفتح الحاء يستعمل في المراة وبالخفض يستعمل في الفرس وان كانا يدلان
على معنى واحد لغة وهو المنع والعديل يستعمل في الادمي والعدل فيما
سواه وان كانا ماخوذين من المعادلة في اللغة كذا هذا **و**لهذا قالوا
ان من قال لامراته انت مطلقة مخففا انه يرجع الى نيته لان
الاطلاق في العرف يستعمل في اثبات الانطلاق عن الحبس والقيد
الحقيقي فلا يحمل على القيد الحكمي الا بالنية ويستوي في الركن
ذكر التطليقة وبعضها حتى لو قال لها انت طالق بعض تطليقة او ربع
تطليقة او ثلث تطليقة يقع تطليقة كاملة وهذا قول عامة
العلماء وقال ربيعة الراي لا يقع عليها شيء لان نصف تطليقة
لا يكون تطليقة حقيقة بل هو بعض تطليقة وبعض الشيء ليس
عين ذلك الشيء ان لم يكن غيره **ولنا** ان الطلاق لا يتبعض
وذكر البعض فيما لا يتبعض ذكر للكل كالعفو عن بعض القصاص
انه يكون عفوا عن الكل ولو قال انت طالق واحدة ونصفا او واحدة

وثلث طلقت اثنتين لان البعض من تطليقة تطليقة كاملة فصار كانه
قال انت طالق ثنتين بخلاف ما اذا قال واحدة ونصفها او ثلثها انه
لا يقع الا واحدة لان هناك اضاف النصف الى الواحدة الواقعة
والواقع لا يتصور وقوعه ثانيا وههنا ذكر نصفا منكرا غير مضاف
الى الواقع فيكون ايقاع اخرى ولو قال انت طالق سدس تطليقة
وثلث تطليقة ونصف تطليقة او ثلثي تطليقة فهو ثلث تطليقات
لما ذكرنا ان كل جزء من التطليقة تطليقة كاملة هذا اذا كانت مدخولا
بها وان كانت غير مدخول بها فلا يقع الا واحدة ولو تجاوز بان قال
لانها بانت بالاولى كما اذا قال انت طالق وطالق وطالق ولو قال
انت طالق سدس تطليقة وثلثها ونصفها يقع واحدة لا يتجاوز العدد
عن واحد لو جمع ذلك فهو تطليقة واحدة ولو تجاوز بان قال
انت طالق سدس تطليقة وربعها وثلثها ونصفها لم يذكر في
ظاهر الرواية **واختلف المشايخ** فيه قال بعضهم يقع تطليقتان
وقال بعضهم يقع تطليقة واحدة وهو الاصح لانه اضاف الاجزاء
المذكورة الى تطليقة واحدة بخلاف الكتابة فلا يقع الا واحدة
واختار بعض العلماء الوقوع ولو قال انت طالق ثلثة انصاف
تطليقتين فهي ثلاث لان نصف التطليقتين تطليقة فثلاثة
انصاف تطليقتين ثلثة امثال تطليقة فصار كانه قال انت طالق
ثلاث تطليقات ولو كان له اربع نسوة فقال اوقعت بينكن تطليقة
طلقت كل واحدة لان التطليقة الواحدة اذا قسمت على اربع اصاب
كل واحدة ربعها وربع تطليقة تطليقة كاملة **و**كذلك اذا قال
اوقعت بينكن تطليقتان او ثلث او اربع لان التطليقتين اذا انقسمت
بين الاربع يصيب كل واحدة نصف تطليقة ونصف تطليقة تطليقة
فان قيل لم لا يقسم كل تطليقة بحيالها على الاربع فيلزم
تطليقتان **فالجواب** انه لا نفعل هكذا بل جعل التطليقتين
جميعا بين الاربع لان الجنس واحد لا يتفاوت والقسمة في الجنس الواحد
الذي لا يتفاوت يقع على جملته وانما يقسم الاحاد اذا كان الشيء
متفاوتا فان نوى الزوج ان تكون كل تطليقة على حيالها بينهن يكون
على ما نوى ويقع على كل واحدة منهن تطليقتان لانه نوى ما يحتمله
كلامه وهو غير متهم فيه لانه شدد على نفسه فيصدق ولو قال بينكن
خمس تطليقات فكل واحدة طالق اثنتين لان الخمسة اذا قسمت
على الاربع اصاب كل واحدة تطليقة وربع تطليقة وربع تطليقة كاملة
فيكون تطليقتين **و**على هذا اذا زاد على خمسة الى ثمانية فاذا قال

بينكن

بينكن تسع تطليقات وقعت على كل واحدة ثلاث تطليقات لان التسعة
اذا قسمت على اربع اصاب كل واحدة منهن تطليقتان وربع تطليقة
وربع تطليقة تطليقة كاملة فيقع على كل واحدة منهن ثلثة **وعلى هذا**
قالوا لو قال اشركت بينكن في تطليقتين او في ثلاث او اربع او خمس
او ست او سبع او ثمان او تسع ان هذا وقوله بينكن سواء لان لفظة
البين تنبئ عن الشركة فقوله بينكن كذا معناه اشركت بينكن كذا
بخلاف ما اذا طلق امراة له تطليقتين ثم قال لاخرى قد اشركتك
في طلاقها انه يقع عليها تطليقتان لان قوله اشركتك في طلاقها
انه يقع عليها تطليقتان اثبات الشركة في الواقع ولا تثبت الشركة
في الواقع الا بثبوت الشركة في كل واحدة منهما لانه لا يمكنه
رفع التطليقة الواقعة عنها وايقاعها على الاخرى فلزمت الشركة
في كل واحدة من التطليقتين على الانفراد وهذا يوجب وقوع
تطليقتين على الاخرى وسواء كان مباشرة الركن من الزوج بطريق
الاصالة او من غيره بطريق النيابة عنه بالوكالة والرسالة
لان الطلاق يجري فيه النيابة فكان فعل النائب كفعل المنوب
عنه واما الذي يقوم مقام اللفظ فالكتابة والاشارة على ما نذكر

فصل واما شرايط الركن فانواع **بعضها** يرجع الى الزوج
وبعضها يرجع الى المراة **و**بعضها يرجع الى نفس الركن **و**بعضها يرجع الى
الوقت **اما** الذي يرجع الى الزوج **منها** ان يكون عاقلا
حقيقة او تقديرا فلا يقع طلاق المجنون والصبي الذي لا يعقل لان
العقل شرط اهلية التصرف لانه به يعرف كون التصرف مصلحة
وهذه التصرفات ما شرعت الا لمصالح العباد **واما** السكران اذا
طلق امراته فان كان سكره بسبب محظور بان شرب الخمر والنبيذ
طوعا حتى سكر وزال عقله فطلاقه واقع عند عامة العلماء وعامة
الصحابة **وعن** عثمان بن عفان انه لا يقع طلاقه وبه اخذ
الشيخان ابو جعفر الطحاوي وابو الحسن الكرخي وهو احد قولي
الشافعي رحمه الله **وجه قولهم** ان عقله زايل والعقل من
شرايط اهلية التصرف لما ذكرنا ولهذا لا يقع طلاق المجنون
والصبي الذي لا يعقل والذي زال عقله بالبنج والدواء كذا
هذا **والدليل** عليه انه لا تصح ردته فلان لا يصح طلاقه اولى
ولنا عموم قوله تعالى الطلاق مرتان الى قوله تعالى فان طلقها
فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره من غير فصل بين السكران
وغيره الا من خص بدليل وقوله صلى الله عليه وسلم كل طلاق جايز

الا طلاق الصبي والمعتوه ولان عقله زال بسبب هو معصية فيجعل باقيا
عقوبة عليه وزجرا له عن ارتكاب المعصية ولهذا لو قذف انسانا او قتل
يجب عليه الحد والقصاص وانهما لا يجبان على غير العاقل دل ان عقله جعل
قايما وقد يعطى للزايل حقيقة حكم القايم تقديرا اذا زال بسبب هو
معصية للزجر والردع كمن قتل مورثه انه يحرم الميراث ويجعل المورث
حيا زجرا للقاتل وعقوبة عليه بخلاف ما اذا زال بالبنج والدوا
لانه ما زال بسبب هو معصية الا انه لا يصح ردة السكران استحسانا
نظرا له لان بقا العقل تقديرا بعد زواله حقيقة للزجر وانما تقع الحاجة
الى الزاجر فيما يغلب وجوده لوجود الداعي اليه طبعا والردة
لا يغلب وجودها لانعدام الداعي اليها فلا حاجة الى استيفا عقله
فيها للزجر ولان جهة زوال العقل حقيقة يقتضي بقا الاسلام
وجهة بقايه تقديرا يقتضي زوال الاسلام فترجح جانب البقا
لان الاسلام يعلو ولا يعلى ولهذا يحكم باسلام الكافر اذا اكره على
الاسلام ولا يحكم بكفر المسلم اذا اكره على اجرا كلمة الكفر فاجرى
واخبر ان قلبه كان مطمينا بالايمان كذا هذا وان كان سكره
بسبب مباح لكن حصل له بلذة بان شرب الخمر مكرها حتى سكر او
شربها عند ضرورة العطش فسكر قالوا ان طلاقه واقع ايضا
لانه وان زال عقله فانما حصل زوال عقله بلذة فيجعل
قايما فيلحق الاكراه والاضطرار بالعدم كانه شربها طايعا حتى سكر
وذكر محمد رحمه الله فيمن شرب النبيذ فلم يزل عقله ولكن صدع
فزال عقله بالصداع انه لا يقع طلاقه لانه ما زال عقله بمعصية
ولا بلذة فكان زايلا حقيقة وتقديرا وكذلك اذا شرب البنج
والدوا الذي يسكر وزال عقله لا يقع طلاقه لما قلنا **ومنها**
ان لا يكون معتوها ولا مدهوشا ولا مبرسما ولا مغمى عليه
ولا نايما فلا يقع طلاق هولا لما قلنا في المجنون **وقد روي**
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال كل طلاق جايز الا طلاق
الصبي والمعتوه **ومنها** ان يكون بالغا فلا يقع طلاق الصبي
وان كان عاقلا لان الطلاق لم يشرع الا عند خروج النكاح من
ان يكون مصلحة وانما يعرف ذلك بالتامل والصبي باشتغاله
باللهو واللعب لا يتامل فلا يعرف **واما** كون الزوج طايعا فليس
بشرط عند اصحابنا وعند الشافعي شرط حتى يقع طلاق المكره
عندنا وعنده لا يقع ونذكر المسيلة في كتاب الاكراه ان شا الله
تعالى **وذكر** محمد رحمه الله تعالى باسناده ان امراة اعتقلت زوجها

و

وجلست على صدره ومعها شفرة فوضعتها على حلقه وقالت لتطلقني
ثلثا او لانفذنها فناشدها الله ان لا تفعل فابت فطلقها ثلاثا
فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا قيلولة في الطلاق
وكذا كونه جادا ليس بشرط فيقع طلاق الهازل بالطلاق واللاعب
لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ثلاث جدهن جد
وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق وفي رواية الرجعة وروي النكاح
والطلاق والرجعة **وعن** ابي الدردا رضي الله عنه عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه قال من لعب بطلاق او عتاق لزمه وقيل
نزل فيه قوله تعالى ولا تتخذوا آيات الله هزوا وكان الرجل
في الجاهلية يطلق امراته ثم يراجع فيقول كنت لاعبا ويعتق
عبده ثم يرجع فيقول كنت لاعبا فنزلت الاية فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم من طلق او حرر او نكح فقال اني كنت لاعبا
فهو جايز منه وكذا التكلم بالطلاق ليس بشرط فيقع الطلاق
بالكتابة المستبينة وبالاشارة المفهومة من الاخرس لان الكتابة
المستبينة تقوم مقام اللفظ والاشارة المفهومة تقوم مقام العبارة
وكذا الخلو عن شرط الخيار ليس بشرط فيقع طلاق شارط الخيار
في باب الطلاق بعوض وبغير عوض لان شرط الخيار للتمكن من الفسخ
عند الحاجة والذي من جانب الزوج وهو الطلاق لا يحتمل الفسخ
لقوله صلى الله عليه وسلم لا قيلولة في الطلاق **واما** الخلو
عن شرط المراة في الطلاق بعوض فشرط لان الذي من جانبها المال
وكان من جانبها معاوضة المال وانها محتملة للفسخ فصح شرط
الخيار فيها فيمنع انعقاد السبب كالبيع حتى انها لو ردت بحكم
الخيار بطل العقد ولا يصح الطلاق وكذا صحة الزوج ليست
بشرط وكذا اسلامه فيقع طلاق المريض والكافر لان المرض
والكفر لا ينافيان اهلية الطلاق وكذا كونه عامدا ليس بشرط
حتى يقع طلاق الخاطي وهو الذي يريد ان يتكلم بغير الطلاق
فيسبق على لسانه الطلاق لان الفايت بالخطا ليس الا القصد
وانه ليس بشرط لوقوع الطلاق كالهازل واللاعب بالطلاق
وكذلك العتاق لما قلنا في الطلاق **وذكر** ابو الحسن الكرخي
ان في العتاق روايتين فان هشاما روى عن محمد عن ابي حنيفة
رحمهم الله ان من اراد ان يقول لامراته اسقيني ما فقال لها
انت طالق وقع الطلاق ولو اراد ذلك في العبد فقال انت حر
لم يعتق **وروى** بشر بن الوليد الكندي عن ابي يوسف عن ابي حنيفة

رحمهم الله انهما يتساويان وهو الصحيح لما ذكرنا **وجه رواية هشام** ان ملك
البضع يثبت بسبب يستوي فيه الهزل والجد وعدم القصد وهو النكاح فجعل ذلك
زواله بخلاف ملك العبد فانه يثبت بسبب يختلف فيه العمد وعدم القصد
وهو البيع ونحوه فكذلك زواله وهذا ليس بسديد لانه قد يشترط لثبوت الحكم
من الشرائط ما لا يشترط لزواله فكان الاستدلال بالثبوت على الزوال
استدلالا فاسدا **ومنها** النية في احد نوعي الطلاق وهو الكناية وجملة
الكلام في هذا الشرط في موضعين **احدهما** في بيان الالفاظ التي يقع الطلاق
بها بالشرع **والثاني** في بيان صفة الواقع بها **اما الاول** فالالفاظ
التي يقع بها الطلاق في الشرع نوعان صريح وكناية **اما** الصريح فهو
اللفظ الذي لا يستعمل الا في حل قيد النكاح وهو لفظ الطلاق او التطليق مثل
قوله انت طالق او انت الطالق او طلقتك او انت مطلقة مشددا سمي هذا
النوع صريحا لان الصريح في اللغة اسم لما هو ظاهر المراد مكشوف المعنى عند
السامع من قولهم صرح فلان بالامر اي كشفه واوضحه وسمي البناء
المشرف صريحا لظهوره على سائر الابنية وهذه الالفاظ ظاهرة المراد
لانها لا تستعمل الا في الطلاق عن قيد النكاح فلا يحتاج فيها الى النية
لوقوع الطلاق اذ النية عملها في تعيين المبهم ولا ابهام فيها وقال
الله تعالى فطلقوهن لعدتهن شرع الطلاق من غير شرط النية **وقال**
تعالى الطلاق مرتان مطلقا وقال تعالى الطلاق مرتان مطلقا وقال
تعالى فامساك بمعروف ان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره
حكم بزوال الحل مطلقا عن شرط النية **وروينا** ان عبد الله بن عمر لما طلق
امرأته في حالة الحيض امره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يراجعها
ولم يسأله هل نوى الطلاق او لم ينو ولو كانت النية شرطا لسأله ولا
مراجعة الا بعد وقوع الطلاق فدل على وقوع الطلاق من غير نية ولو قال
لها انت طالق ثم قال اردت به طالق من وثاق لم يصدق في القضاء
لما ذكرنا ان ظاهر هذا الكلام الطلاق عن قيد النكاح فلا يصدق فيه
القاضي في صرف الكلام عن ظاهره وكذا لا يسع المرأة ان تصدقه
لانه خلاف الظاهر ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لان هذا اللفظ
لا يستعمل عن العمل فقد نوى ما يحتمله لفظه الا انه لا يصدق راسا
وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله فيمن قال انت طالق وقال نويت
الطلاق من عمل او صدقه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانها مطلقة
من هذين الامرين حقيقة فقد نوى ما يحتمله حقيقة كلامه فلا يصدق
فيه ولو صرح فقال انت طالق من وثاق لم يقع في القضاء لان المرأة
قد توصف بانها طالق من وثاق وان لم يكن مستعملا فاذا صرح به

يحمل عليه وان صرح فقال انت طالق من وثاق لم يقع في القضاء لان المرأة
قد توصف بانها طالق من وثاق وان لم يكن مستعملا فاذا صرح به يحمل
عليه وان صرح فقال انت طالق من وثاق لم يقع في القضاء لان هذا
اللفظ لا يستعمل في الطلاق عن العمل لا حقيقة ولا مجازا ولا يقع فيما بينه
وبين الله تعالى لانه يحتمله في الجملة وان كان خلاف الظاهر وعلى قياس
رواية الحسن ينبغي ان لا يقع في القضاء ايضا **ولو** قال انت طالق من امرأة
فلان وهي مطلقة فذلك على نيته الا ان يكون جوابا لمسألة الطلاق
لان لفظة افعل ليست صريحا في الكلام الا ترى ان من قال لآخر انت
ازنى من فلان لم يكن قذفا صريحا حتى لا يجب الحد ومعلوم ان صريح
القذف يوجب الحد واذا لم يكن صريحا وقف على النية الا اذا خرج
جوابا لسؤال الطلاق فينصرف اليه بقرينة السؤال وكذا اذا قال لها
انت مطلقة وخفف فهو على نيته لما ذكرنا ان الطلاق لا يستعمل في
قيد النكاح وانما يستعمل في القيد الحقيقي والحبس فلم يكن صريحا فوقف
على النية **وروى** ابن سماعة عن محمد رحمه الله فيمن قال لامرأته كوني طالقا
او اطلقي قال اراه واقعا لان قوله كوني ليس امرا حقيقة وان كان
صيغته صيغة الامر بل هو عبارة عن اثبات كونها طالقا كما في قوله
تعالى كن فيكون وان قوله كن ليس بامر حقيقة وان كانت صيغته
صيغة الامر بل هو كناية عن التكوين ولا تكون طالقا الا بالطلاق
وكذا قوله اطلقي وكذلك اذا قال لامرأته كوني حرة او اعتقي ولو قال
يا مطلقة وقع عليها الطلاق لانه وصفها بكونها مطلقة ولا تكون
مطلقة الا بالتطليق فان قال اردت الشتم لا يصدق في القضاء
لانه خلاف الظاهر لانه نوى فيما هو وصف ان لا يكون وصفا فكان
عدولا عن الظاهر فلا يصدقه القاضي ويصدق فيما بينه وبين
الله تعالى لانه قد يراد بمثله الشتم ولو كان لها زوج قبله فقال
عنيت بذلك الطلاق دين في القضاء لانه نوى ما يحتمله لفظه لانه
وصفها بكونها مطلقة في نفسها من غير الاضافة الى نفسه
وقد تكون مطلقة زوجها الاول فالنية صادفت محلها فتصدق
في القضاء وان لم يكن لها زوج قبله لا يحتمل ان تكون مطلقة غيره
فانصرف الوصف بكونها مطلقة الى كونها مطلقة له ولو قال لها انت
طالق طالق قد طلقتك يقع ثنتين اذا كانت المرأة مدخولا بها لانه
ذكر جملتين كل واحدة منهما ايقاع تام لكونه مبتدأ وخبرا والمحل
قابل للوقوع ولو قال عنيت بالثاني الاخبار عن الاول لم يصدق
في القضاء لان هذه الالفاظ في عرف اللغة والشرع تستعمل في انشاء الطلاق

فصرفها الي الاخبار يكون عدولا عن الظاهر فلا يصدق في الحكم ويصدق
فيما بينه وبين الله تعالى لان صيغتها صيغة الاخبار ولو قال لامراته انت
طالق فقال له رجل ما قلت فقال طلقتها او قال طلقتها قلت هي طالق
فهي واحدة في القضا لان كلامه انصرف الي الاخبار بقرينة الاستخبار
واما الطلاق بالفارسية **فقد روي** عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه قال
في فارسي قال لهشتم اروي او قال ازرد لهشتم او قال لهشتم لا يكون
طلاقا الا ان ينوي الطلاق لان معنى هذا اللفظ بالعربية خليت وقوله
خليت من كنايات الطلاق بالعربية فكذا هذا اللفظ الا ان ابا حنيفة
رحمه الله فرق بين اللفظين من وجهين **احدهما** انه قال اذا نوى الطلاق
بقوله خليت يقع باينا واذا نوى الطلاق بهذه اللفظة يقع رجعيا
لان هذا اللفظ يحتمل ان يكون صريحا في لغتهم ويحتمل ان يكون كناية
فلا يثبت البينونة بالشك **والثاني** قال ان قوله خليت في حالة
الغضب وفي حال مذاكرة الطلاق يكون طلاقا حتى لا يدين في قوله
انه ما اراد به الطلاق وهذا اللفظ في هاتين الحالتين
لا يكون طلاقا حتى لو قال ما اردت به الطلاق يدين في القضا لان
هذا اللفظ اقيم مقام التخلية وكان اضعف من التخلية فلا يعمل
فيه دلالة الحال ولم يفرق بينهما فيما سوى ذلك حتى قال
ان نوى باينا يكون باينا وان نوى ثلاثا يكون ثلاثا كما في خليت
ونوى البائن او الثلاث ولو نوى ثنتين كانت واحدة كما في قوله
خليت الا ان ههنا يكون واحدة يملك الرجعة بخلاف لفظة التخلية
لما بينا **وقال** ابو يوسف رحمه الله اذا قال لهشتم ازرن او قال
ازرن لهشتم فهي طالق نوى الطلاق او لم ينو ويكون تطليقة رجعية
لان ابا يوسف خالط العجم ودخل جرجان فعرف ان هذا اللفظ في لغتهم
صريح قال ولو قال لهشتم ولم يقل ازرن فان قال ذلك في حال
سؤال الطلاق او في حال الغضب فهي واحدة يملك الرجعة ولا يدين
انه ما اراد به الطلاق في القضا وان قال في غير حال الغضب
ومذاكرة الطلاق يدين في القضا لان معنى قوله لهشتم خليت وليس
في قوله خليت اضافة الي النكاح ولا الي الزوج فلا يحمل على الطلاق
الا بقرينة نية او دلالة حال وحال الغضب ومذاكرة الطلاق
دليل ارادة الطلاق ظاهرا فلا يصدق في الصرف عن الظاهر
قال فان نوى باينا فباين وان نوى ثلاثا فثلاث لان هذا اللفظ
وان كان صريحا في الفارسية فمعناه التخلية في العربية فكان محتملا
للعربية والثلاث كلفظة التخلية فجاز ان يحمل عليه بالنية وقال

محمد رحمه الله في قوله لهشتم اروا او ازرد لهشتم ان هذا صريح الطلاق
كما قال ابو يوسف وقال في قوله لهشتم انه ان كان في حال مذاكرة الطلاق
فكذلك ولا يدين انه ما اراد به الطلاق وان لم يكن في حال مذاكرة الطلاق
يدين سوا كان في حال الغضب او الرضا لان معنى هذا اللفظ في العربية
انت مخلاة او قد خليتك **وقال** زفر رحمه الله اذا قال لهشتم ونوى الطلاق
باينا او غير باين فهو باين وان نوى ثلاثا فثلاث وان نوى اثنتين
فاثنتان واجرى هذه اللفظة مجرى قوله خليت ونوى الطلاق فهي
واحدة باينة نوى البينونة او لم ينو وان نوى ثلاثا يكون ثلاثا
وان نوى اثنتين يكون اثنتين على اصله وكذا هذا **هذا** ما نقل
عن اصحابنا في الطلاق بالفارسية **والاصل** الذي عليه الفتوى
في زماننا هذا بالفارسية انه ان كان فيها لفظ لا يستعمل الا في الطلاق
فذلك اللفظ صريح يقع به الطلاق من غير نية اذا اضيف
الي المراة مثلا ان يقول في عرف ديارنا دها كم ابرا او في عرف
خراسان والعراق لهشتم لان الصريح لا يختلف باختلاف اللغات
وما كان في الفارسية من الالفاظ مما يستعمل في الطلاق وفي غيره
فهو من كنايات الفارسية فيكون حكمه حكم كنايات العربية في جميع
الاحكام ولو قال لامراته انت طالق ونوى به الابانة فقد لغت
نيته لانه نوى تغيير الشرع لان الشرع اثبت البينونة بهذا اللفظ
موجلا الي ما بعد انقضا العدة فاذا نوى ابانتها للحال معجلا
فقد نوى تغيير الشرع وليس له هذه الولاية فبطلت نيته
وان نوى ثلاثا لغت نيته ايضا في ظاهر الرواية **وروي** عن
ابي حنيفة رحمه الله انه يصح نيته وبه اخذ الشافعي **وجه هذه**
الرواية ان قوله طالق مشتق من الطلاق كالضارب ونحوه
ويدل على ثبوت ماخذ الاشتقاق وهو الطلاق كسائر الالفاظ
المشتقة من المعاني **الا ترى** انه لا يتصور الضارب بلا ضرب
والقاتل بلا قتل فلا يتصور الطالق بلا طلاق فكان الطلاق ثابتا
فصحت نية الثلاث منه كما لو نص على الطلاق فقال انت طالق
طلاقا وكما لو قال لها انت باين ونوى الثلاث انه يصح نية الثلاث
لما قلنا كذا هذا **وجه ظاهر الرواية قوله تعالى** واذا طلقتم
النسا فبلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف
اثبت الرجعة حال قيام العدة للمطلق مطلقا من غير فصل بينما اذا
نوى الثلاث او لم ينو فوجب القول بثبوت حق الرجعة عند مطلق
التطليق الا ما قيد بدليل ولانه نوى ما لا يحتمله لفظه فلا يصح نيته

كما اذا قال لها اسقيني ونوي به الطلاق ودلالة الوصف انه نوي الثلاث
وقوله طالق لا يحتمل الثلاث لوجهين احدهما ان طالق اسم للذات وذاتها
واحد والواحد لا يحتمل العدد الا ان الطلاق يثبت الطالق ضرورة
صحة التسميه بكونها طالقا لان الطالق بدون الطلاق لا يتصور كالضارب
بدون الضرب وهذا المقتضي غير متنوع في نفسه فكان عدما فيما
وراء صحة التسميه وذلك على الاصل المعهود في الثابت ضروره
انه يتقدر بقدر الضروره ولا ضروره في قبول نية الثلاث فلا
يثبت فيه بخلاف ما اذا قال لها انت طالق طلاقا لان الطلاق
هناك منصوص عليه فكان ثابتا من جميع الوجوه فيثبت في حق
قبول النيه وبخلاف قوله انت بائن لان البائن بمنزلة الاسم
المشترك لتنوع محل الاشتقاق وهو البينونه كاسم الجالس يقال
جلس اي قعد ويقال جلس اي اتكى فكان الجالس من الاسما المشتركه
لتنوع محل الاشتقاق وهو الجلوس فكذا البائن والاسم المشترك
لا يتعين المراد منه الا بمعين فاذا نوي الثلاث فقد عين احد
نوعي البينونه فصحت نيته واذا لم يكن له نيه لا يثبت شي لانعدام
المعين بخلاف قوله طالق لانه ماخوذ من الطلاق والطلاق
في نفسه لا يتنوع لانه رفع القيد والقيد نوع واحد
والثاني ان سلمنا ان الطلاق صار مذكورا على الاطلاق لكنه
في اللغة والشرع عبارة عن رفع قيد النكاح والقيد في نكاح
واحد فيكون الطلاق واحدا ضروره فاذا نوي الثلاث فقد
نوي العدد فيما لا عدد له فبطلت نيته فكان ينبغي ان لا يقع
الثلاث اصلا الا ان وقوعه ثبت شرعا بخلاف القياس فيقتصر
على مورد الشرع ولو قال انت طالق طلاقا فان لم تكن له نيه
فهي واحده وان نوي ثلاثا كان ثلاثا كذا ذكر في الاصل
والجامع الصغير **وروي** عن ابي حنيفه رحمه الله انه لا يكون الا واحده
وجه هذه الروايه انه ذكر المصدر للتاكيد لما ذكرنا ان قوله
طالق يقتضي الطلاق فكان قوله طلاقا تنصيصا على المصدر
الذي اقتضاه الطالق فكان تاكيدا كما يقال قمت قياما واكلت اكلا
فلا يفيد الا ما افاده المؤكد وهو قوله طالق فلا يقع الا واحده
كما لو قال انت طالق ونوي الثلاث **وجه ظاهر الروايه** ان قوله
طلاقا مصدر فيحتمل كل جنس الطلاق لان المصدر يقع على الواحد
ويحتمل الكل **قال الله تعالى** لا تدعوا اليوم ثبورا واحدا
وادعوا ثبورا كثيرا وصف الثبور الذي هو مصدر بالكثره

والثلاث

والثلاث في عقد واحد كل جنس الطلاق فاذا نوي الثلاث فقد نوي
ما يحتمله كلامه فتصح نيته واذا لم يكن له نيه حمل على الواحد لانه
متيقن به وقد خرج الجواب عما ذكر سبق لان الكلام حمل على التاكيد
اذا لم يمكن حمله على فائدة جديده وههنا امكن على ما بينا وان نوي
الثنتين لا على التقسيم في قوله طالق طلاقا لا تصح نيته لان لفظ
المصدر واحد فلا بد من تحقيق معنى التوحد فيه **ثم** الشي قد
يكون واحدا من حيث الذات وهو ان يكون ذاته واحدا من النوع
كزيد من الانسان وقد يكون واحدا من حيث النوع فكان عددا
محضا فلا يحتمله لفظ الوحدان بخلاف الثلاث فانه واحد من
حيث الجنس لانه كل جنس ما يملكه من الطلاق في هذا النكاح
وكل جنس من الافعال يكون جنسا واحدا الا ترى انك متى عددت
الاجناس تعد جنسا واحدا **الا ترى** انك متى عددت الاجناس تعد
جنسا واحدا من الاجناس تعد جنسا واحدا كالضرب يكون جنسا
واحدا من سائر اجناس الفعل وكذا الاكل والشرب ونحو ذلك ولو
نوي ثنتين على التقسيم تصح نيته لما نذكر ولو قال انت الطلاق
ونوي الثلاث صحت نيته لان الفعل قد يذكر بمعنى المفعول يقال
هذا الدرهم ضرب الامير اي مضروبه وهذا علم ابي حنيفه اي
معلومه فلو حملناه على المصدر للغا كلامه ولو حملناه على معنى
المفعول يصح فكان الحمل عليه اولى وصحت نية الثلاث لان النيه
تتبع المذكور والمذكور بلام الجنس ولو قال لها انت طلاق بدون
الالف واللام ذكر ابو جعفر الطحاوي انه لا يكون الا واحده وان
نوي الثلاث وفرق بينه وبين قوله انت الطلاق **وذكر**
الجصاص ان هذا الفرق لا يعرف له وجه الا على الروايه التي
روي عن ابي حنيفه رحمه الله في هذا المعنى قوله انت طالق
طلاقا انه لا يكون الا واحده وان نوي الثلاث **فاما** على الروايه
المشهوره في التسويه بين قوله انت طالق الطلاق وبين قوله
انت طالق طلاقا فلا يتبين وجه الفرق بين قوله انت طالق
وبين قوله انت الطلاق **وحكى** الكسائي سال محمد بن الحسن عن
قول الشاعر

فان ترفقي يا هند فالرفق ايمن ۞ وان تخرقي يا هند فالخرق اشام
فانت طلاق والطلاق عزيمة ۞ ثلاث ومن يخرق اعق واظلم

فقال محمد رحمه الله انه قال والطلاق عزيمة ثلاث طلقت واحده بقوله
انت طلاق وصار قوله والطلاق عزيمة ثلاث ابتدا وخبرا غير متعلق

بالاول وان قال وانت الطلاق عزمة ثلاثا طلقت ثلاثا كانه قال وانت
طالق ثلاثا والطلاق عزمة لان الثلاث هي في الحال تفسير الموقع
فاستحسن الكسائي جوابه وكذا لو قال انت طالق الطلاق ونوى
الثلاث لانه ذكر المصدر وعرفه بلام التعريف فيستغرق كل جنس
المشروع من الطلاق في هذا الملك وهو الثلاث فاذا نوى الثلاث
فقد نوى حقيقة كلامه فصحت نيته الا عند الاطلاق لا ينصرف
اليه لقرينة من العرف اليه على ما نذكر ولو نوى ثنتين لا على التقسيم
لا يصح نيته لما ذكرنا ان الطلاق مصدر والمصدر صيغته
صيغة وحدان فكان تحقق معنى التوحيد فيه لازما والاثنان عدد
محض لا يوجد فيه بوجه فلا يحتمله اللفظ الموضوع للتوحيد وانما
احتمل الثلاث من حيث التوحيد لانه كل جنس ما يملكه من الطلاق
في هذا الملك وكل الجنس جنس واحد بالاضافة الى غيره من الاجناس
وامكن تحقيق معنى التوحيد فيه وان لم يكن له نية لا يقع الا واحدة
لانه وان عرف المصدر بلام التعريف الموضوعة لاستغراق الجنس
لكنه انصرف الى الواحد بدلالة الحال لان ايقاع الثلاث جملة
محظور والظاهر من حال المسلم ان لا يرتكب المحظور فانصرف الى
الواحد بقرينة **وصار هذا** كما اذا حلف الما ولا يتزوج النسا
ولا يكلم بني ادم انه ان نوى كل جنس من هذه الاجناس صحت نيته
وان لم يكن له نية ينصرف الى الواحد من كل جنس لدلالة الحال
كذا هذا ولو قال اردت بقولي انت طالق واحدة وبقوله الطلاق
او طلاق اخرى صدق لانه ذكر لفظين كل واحد منهما يصلح
ايقاعا **الا ترى** انه اذا قال انت طالق يقع الطلاق
ولو قال لها انت الطلاق او طلاق يقع ايضا فصار كانه قال
لها انت طالق وطالق ولو قال لامرأته طلقي نفسك ونوى به
الثلاث صحت نيته حتى لو قالت طلقت نفسي ثلاثا كان ثلاثا
لان المصدر يصير مذكورا في الامر لان معناه حصلي طلاقا والمصدر
يقع على الواحد ويحتمل الكل فاذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله
لفظه وان لم يكن له نية ينصرف الى الواحد لكونه متيقنا وان
نوى ثنتين لا يصح لانه عدد محض فكان معنى التوحيد فيه
منعدما اصلا وراسا فلا يحتمله صيغة واحدة ولو طلق امرأته
تطليقة يملك الرجعة ثم قال لها قبل انقضاء العدة قد جعلت
تلك التطليقة التي اوقعتها عليك ثلاثا او قال جعلتها باينا
اختلف اصحابنا الثلاثة رحمهم الله فيه قال ابو حنيفة يكون ثلاثا

ويكون باينا وقال محمد رحمه الله لا يكون ثلاثا ولا باينا وقال
ابو يوسف رحمه الله يكون باينا ولا يكون ثلاثا **وجه قول محمد**
رحمه الله ان الطلاق بعد وقوعه شرعا بصفة لا يحتمل
التغيير عن تلك الصفة لان تغييره يكون تغيير الشرع والعبد
لا يملك ذلك الا ترى لو طلقها ثلاثا لا يجعلها واحدة لا يصير
واحدة وكذا اذا طلقها تطليقة ثانية يجعلها رجعية لا تصير رجعية
لما قلنا كذا هذا **وجه قول ابي يوسف** ان التطليقة الرجعية
تحتمل ان يلحقها البينونة في الجملة الا ترى لو تركها حتى انقضت
عدتها تصير باينة فجاز تعجيل البينونة فيها ايضا فاما الواحدة
فلا تحتمل ان تصير ثلاثا ابدا فلغا قوله جعلتها ثلاثا
وجه قول ابي حنيفة رحمه الله انه لا يملك ايقاع هذه الطلقة
باينة من الابتدا فيملك الحاقها بالبينونة لانه يملك انشا
الابانة في هذه الجملة كما كان يملكها في الابتدا ومعنى جعل الواحدة
ثلاثا انه الحق بها تطليقتين اخرتين لا انه جعل الواحدة
ثلاثا **واما الكناية** فنوعان **نوع** هو كناية بنفسه وضعا
ونوع هو ملحق بها شرعا في حق النية **اما** النوع الاول
فهو كل لفظ يستعمل في الطلاق ويستعمل في غيره نحو قوله
انت باين • انت علي حرام • خلية • برية • بتة • امرك بيدك •
اختاري • اعتدي • استبري رحمك • انت واحدة • خليت سبيلك •
سرحتك • حبلك على غاربك • فارقتك • خالعتك • ولم يذكر
العوض • لا سبيل لي عليك • لا ملك لي عليك • لا نكاح لي عليك •
انت حرة • قومي • اخرجي • اذهبي • اعزبي • انطلقي • انتقلي • تقنعي
استتري • تزوجي • ابتغي الازواج • الحقي باهلك • ونحو ذلك
سمي هذا النوع من الالفاظ كناية لان الكناية اسم لفظ استتر
المراد منه عند السامع وهذه الالفاظ مستترة المراد منها عند
السامع فان قوله باين يحتمل البينونة عن النكاح ويحتمل البينونة
عن الخير والشر وقوله حرام يحتمل حرمة الاستمتاع ويحتمل
حرمة البيع والقتل ونحو ذلك وقوله خلية ماخوذ من الخلو
فيحتمل الخلو عن النكاح ويحتمل الخلو عن الخير وعن الشر
وقوله بتة من البت وهو القطع فيحتمل القطع عن النكاح ويحتمل
القطع عن الخير والشر وقوله امرك بيدك يحتمل في الطلاق ويحتمل
في امر اخر من الخروج والانتقال ونحو ذلك وقوله اختاري يحتمل
اختيار الطلاق ويحتمل اختيار البقاء على النكاح وقوله اعتدي

امرها بالاعتداد وانه يحتمل الاعتداد الذي هو من العدد ويحتمل الاعتداد
الذي هو من العد اي اعتدي نعم الله التي انعمت عليك وقوله استبري
رحمك امر بتعرف براءة الرحم وهي طهارتها عن الماء وانه كناية عن
الاعتداد الذي هو من العدد ويحتمل استبري رحمك لاني طلقتك ه
وقوله انت واحدة يحتمل ان يكون الواحدة صفة الطلقة اي طالق
واحدة ويحتمل التوحيد في الشرف اي انت واحدة في الشرف وقوله
خليت سبيلك يحتمل سبيل النكاح ويحتمل سبيل الخروج من البيت
للزيارة الى الابوين او لامر اخر وقوله سرحتك بمعنى خليتك يقال
سرحت ابلي وخليتها بمعنى واحد وقوله حبلك على غاربك استعارة
عن التخلية لان الجمل اذا القي حبله على غاربه فقد خلي سبيله يذهب
حيث يشاء وقوله فارقتك يحتمل المفارقة عن النكاح ويحتمل المفارقة
عن المكان والمضجع وعن الصداقة وقوله خالعتك ولم يذكر ه
العوض يحتمل الخلع عن نفسه بالهجر عن الفراش ونحو ذلك وقوله ه
لا سبيل لي عليك يحتمل سبيل النكاح ويحتمل سبيل البيع والقتل
ونحو ذلك وكذا قوله لا ملك لي عليك يحتمل ملك النكاح ويحتمل
ملك البيع ونحو ذلك وقوله لا نكاح لي عليك لاني قد طلقتك
ويحتمل لا نكاح لي عليك اي لا اطاوك لان النكاح يذكر بمعنى
الوطي وقوله انت حرام يحتمل الخلوص من ملك النكاح ويحتمل
الخلوص عن ملك اليمين ونحو ذلك وقوله قومي واخرجي واذهبي
يحتمل اي افعلي ذلك لانك قد طلقت والمراة اذا طلقت من
زوجها تقوم وتخرج من بيت زوجها وتذهب حيث شاءت وقوله
اعزبي عبارة عن البعد اي تباعدي يحتمل البعد من النكاح
ويحتمل البعد من الفراش وغير ذلك وقوله انطلقي يحتمل ه
الطلاق لانها تنطلق وتنتقل عن بيت زوجها اذا طلقت ه
ويحتمل الانتقال الى بيت ابويها للزيارة ونحو ذلك وقوله تقنعي
واستتري امر بالتقنع والاستتار فيحتمل الطلاق لانها اذا
طلقت يلزمها ستر راسها بالقناع وستر اعضائها بالثوب ه
عن زوجها ويحتمل تقنعي واستتري اي كوني متقنعة مستورة ه
لئلا يقع بصر اجنبي عليك وقوله تزوجي يحتمل الطلاق اذ لا يحل
لها التزوج بزوج اخر الا بعد الطلاق وقوله يحتمل ان طلقتك
تزوجي وكذا قوله ابتغي الازواج وقوله الحقي باهلك يحتمل
الطلاق لان المراة تلحق باهلها اذا صارت مطلقة [illegible] ه
ويحتمل الطرد والابعاد عن نفسه مع بقاء النكاح واذا احتملت

هذه

ويحتمل هذه الالفاظ الطلاق وغير الطلاق فقد استتر المراد منها
عند السامع فافتقرت الى النية لتعيين المراد ولا خلاف في هذه
الجملة الا في ثلثة الفاظ قوله سرحتك وفارقتك وانت واحدة
من الكنايات عندنا فقال اصحابنا رضي الله عنهم قوله سرحتك
وفارقتك من الكنايات وقال الشافعي رحمه الله هما صريحان
لا يفتقران الى النية كسائر الالفاظ الصريحة وقوله وانت واحدة
فقال اصحابنا قوله سرحتك وفارقتك من الكنايات عندنا وعنده
هو ليس من الفاظ الطلاق حتى لا يقع الطلاق به وان نوى اما المسئلة
الاولى فاحتج الشافعي بقوله تعالى فامساك بمعروف او تسريح ه
باحسان والتسريح هو التطليق وقوله تعالى فامسكوهن بمعروف
او فارقوهن بمعروف والمفارقة هي التطليق فقد سمى الله تعالى الطلا
ثلاثة اسماء الطلاق والسراح والفراق ولو قال لها طلقتك
كان صريحا فكذا اذا قال سرحتك او فارقتك ولنا ان الصريح
الطلاق هو اللفظ الذي لا يستعمل الا في الطلاق عن قيد النكاح
لما ذكرنا ان الصريح في اللغة اسم لما هو ظاهر المراد بل يكون مستتر
المراد ولفظ السراح والفراق يستعمل في غير قيد النكاح يقال
سرحت ابلي وفارقت صديقي فكان كناية لا صريحا فيفتقر الى
النية ولا حجة في الايتين لانا نقول بموجبهما ان السراح والفراق
طلاق لكن بطريق الكناية لا صريحا لانعدام معنى الصريح على ما
بينا واما المسئلة الثانية فوجه قوله انت واحدة صفة للمراة
فلا يحتمل الطلاق كقوله انت قائمة وقاعدة ونحو ذلك ولنا
انه لما نوى الطلاق فقد جعل الواحدة نعتا لمصدر محذوف اي
طلقة واحدة وهذا شايع في اللغة يقال اعطيته جزيلا وضربته
وجيعا اي عطاء جزيلا وضربا وجيعا ولهذا يقع الرجعي عندنا
دون البائن واختلف المشايخ مشايخنا في محل الخلاف قال بعضهم
الخلاف فيما اذا قال واحدة بالوقف ولم يعرب فاما اذا اعرب
فلا خلاف فيها لانه ان رفعها لا يقع الطلاق بالاجماع لانها حينئذ
تكون صفة الشخص وان نصبها يكون الطلاق بالاجماع لانها
حينئذ تكون نعتا لمصدر محذوف على ما بينا وكان موضع ه
الخلاف فيما اذا وقفها ولم يعربها ويحتمل ان يقال ان موضع الوفاق
محل الخلاف ايضا لان معنى قوله انت واحدة اي انت منفردة
عن النكاح وقال اكثر المشايخ ان الخلاف في الكل ثابت لان العوام
لا يهتدون الى هذا ولا يميزون بين اعرابه واعرابه ولا خلاف

في انه لا يقع الطلاق بشيء من الفاظ الكناية الا بالنية فان كان قد نوى
الطلاق يقع فيما بينه وبين الله تعالى وان كان لا ينوي لا يقع فيما بينه
وبين الله تعالى لان الله تعالى يعلم سره ونجواه **وهل** يدين في القضا
فالحال لا يخلو اما ان كانت حالة الرضا وابتدا الزوج بالطلاق واما
ان كانت حال مذاكرة الطلاق وسواله واما ان كانت حالة الغضب
والخصومة فان كانت حالة الرضا وابتدا الزوج بالطلاق يدين
في القضا في جميع الالفاظ لما ذكرنا ان كل واحد من الالفاظ
يحتمل الطلاق وغيره والحال لا يدل على احدهما فيسال عن نيته
ويصدق في ذلك قضا وان كانت حال مذاكرة الطلاق
وسواله او حال الغضب والخصومة **فقد قالوا** ان الكنايات
اقسام ثلثة في قسم منها لا يدين في الحالين جميعا انه ما اراد
به الطلاق لا في حال مذاكرة الطلاق ولا في حال الغضب
والخصومة وفي قسم منها يدين في حال الغضب والخصومة
ولا يدين في حال ذكر الطلاق وسواله **وفي** قسم منها يدين في
الحالين جميعا **اما القسم الاول** فخمسة الفاظ امرك بيدك
اختاري اعتدي استبري رحمك انت واحدة لان هذه الالفاظ
يحتمل الطلاق وغيره والحال يدل على ارادة الطلاق لان حال
الغضب والخصومة ان كان يصلح للشتم والتبعيد كما يصلح للطلاق
وحال مذاكرة الطلاق يصلح للتبعيد والطلاق لكن هذه الالفاظ
لا تصلح للشتم ولا للتبعيد فزال احتمال ارادة الشتم والتبعيد
فتعينت الحالة دلالة على ارادة الطلاق فترجح جانب الطلاق
بدلالة الحال فثبتت ارادة الطلاق في كلامه ظاهرا فلا يصدق
في الصرف عن الظاهر كما في صريح الطلاق اذا قال لامراته انت طالق
ثم قال اردت الطلاق عن الوثاق لا يصدق في القضا لما قلنا
كذا هذا **واما القسم الثاني** فخمسة الفاظ ايضا خلية
برية بتة بائن حرام لان هذه الالفاظ كما تصلح للشتم فان الرجل
يقول لامراته عند ارادة الشتم انت خلية من الخير برية من
الاسلام بائن من الدين بتة من المروة حرام اي مستخبث او حرام
الاجتماع والعشرة معك وحال الغضب والخصومة يصلح للشتم
ويصلح للطلاق فبقي اللفظ في نفسه محتملا للطلاق وغيره فاذا
عني به غيره فقد نوى ما يحتمله كلامه والظاهر لا يكذبه فيصدق
في القضا ولا يصدق في حال ذكر الطلاق لان الحال لا يصلح الا
للطلاق لان هذه الالفاظ لا تصلح للتبعيد والحال لا يصلح للشتم

فيدل

فيدل على ارادة الطلاق لا التبعيد ولا الشتم فترجحت جنبة
الطلاق بدلالة الحال **وروي** عن ابي يوسف رحمه الله انه زاد على
هذه الالفاظ الخمسة خمسة اخرى لا سبيل لي عليك فارقتك خليت
سبيلك لا ملك لي عليك بنت مني لان هذه الالفاظ تحتمل الشتم
كما تحتمل الطلاق فيقول الزوج لا سبيل لي عليك لشرك وفارقتك
في المكان لكراهة اجتماعي معك وخليت سبيلك وما انت عليه
ولا ملك لي عليك لانك اقل من ان تحتكي اتملكك وبنت مني لانك
باين من الدين او الخير وحال الغضب يصلح لهما وحال ذكر
الطلاق لا يصلح الا للطلاق لما ذكرنا فالتحقت بالخمسة المتقدمة
واما القسم الثالث ففيه الالفاظ التي ذكرناها الا ان
تلك الالفاظ لا تصلح للشتم وتصلح للتبعيد والطلاق لان
الانسان قد يبعد الزوجة عن نفسه حال الغضب من غير
طلاق وكذا حال سوال الطلاق فالحال لا يدل على ارادة
احدهما فاذا قال ما اردت به الطلاق فقد نوى ما يحتمله
لفظه والظاهر لا يخالفه فيصدق في القضا وكذلك
لو قال وهبتك لاهلك قبلوها او لم يقبلوها لان كون التصرف
هبة في الشرع لا يقف على قبول الموهوب له وانما الحاجة الى
القبول لثبوت الحكم فكان القبول شرط الحكم وهو الملك واهلها
لا يملكون طلاقها فلا حاجة الى القبول وكذا اذا قال وهبتك
لابيك او لامك او للازواج لان العادة ان المراة بعد الطلاق
ترد الى ابيها وامها وتسلم اليهما ويملكها الازواج بعد الطلاق
فان قال وهبتك لاخيك او لاختك او لخالتك او لعمتك
او لفلان الاجنبي لم يكن طلاقا لان المراة بعد الطلاق لا ترد
على هؤلاء عادة ولو قال لامراته لست لي بامراة او قال
لها ما انا بزوجك او سئل فقيل له هل لك امراة فقال لا
فان قال اردت به الكذب يصدق في الرضا والغضب جميعا
ولا يقع الطلاق وان قال نويت الطلاق يقع الطلاق في
قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد لا يقع الطلاق
بالاجماع وكذا اذا قال والله ما انت لي بامراة او قال على
حجة ما انت لي بامراة انه لا يقع الطلاق وان نوى بالاتفاق
وجه قولهما ان قوله لست لي بامراة ولا امراة لي او ما انا
بزوجك كذب لانه اخبار عن انتفا الزوجية مع قيامها فيكون
كذبا فلا يقع به الطلاق كما اذا قال لم اتزوجك او قال والله

ما انت لي بامراه **وجه قول ابي حنيفه** رحمه الله ان هذه الالفاظ
يحتمل الطلاق فانه يقول لست لي بامراه لاني قد طلقتك فكان محتملا
للطلاق وكل لفظ يحتمل الطلاق اذا نوي به الطلاق كان طلاقا كقوله
انت باين ونحو ذلك بخلاف قوله لم اتزوجك لانه لا يحتمل الطلاق
فلا يقع به الطلاق وبخلاف قوله والله ما انت لي بامراه لان اليمين
على النفي يتناول الماضي في ذلك وهو كاذب في ذلك فلا يقع به
شي ولو قال لا حاجة لي فيك لا يقع الطلاق وان نوي لان عدم
الحاجه لا يدل على عدم الزوجيه فان الانسان قد يتزوج بمن لا حاجة
الى تزوجها فلا يكون ذلك دليلا على انتفا النكاح فلم يكن محتملا
للطلاق **وقال** محمد رحمه الله فيمن قال لامراته افلحي يريد به الطلا
انه يقع الطلاق لان قوله افلحي بمعنى اذهبي فالعرب تقول
للرجل افلح بخير اي اذهب بخير ولو قال لها اذهبي ونوى
به الطلاق كان طلاقا كذا هذا ويحتمل قوله افلحي اي اظفري
بمرادك يقال افلح الرجل اذا ظفر بمراده وقد يكون مرادها
الطلاق فكان هذا اللفظ محتملا للطلاق فاذا نوي به الطلاق
صحت نيته ولو قال فسخت النكاح بيني وبينك ونوى به
الطلاق يقع الطلاق لان فسخ النكاح نقضه فكان في معنى
الابانه ولو قال وهبت لك طلاقك وقال اردت به
ان يكون الطلاق في يدك لا يصدق في القضا ويقع الطلاق
لان الهبه تقتضي زوال الملك ملكه عن الطلاق وذلك
بوقوع الطلاق وجعل الطلاق في يدها تمليك الطلاق منها
فلا يحتمله اللفظ الموضوع للازاله **وروي** عن ابي حنيفه رحمه
الله روايه اخرى انه لا يقع شي لان الهبه تمليك وتمليك
الطلاق اياها هو ان يجعل اليها ايقاعه ويحتمل قوله وهبت
لك طلاقك اي اعرضت عن ايقاعه فلا يقع به شي ولو اراد ان
يطلقها فقالت له هب لي طلاقي تريد اعرض عنه فقال
قد وهبت لك طلاقك يصدق في القضا لان الظاهر انه
اراد به ترك الجاح الايقاع لان السوال وقع عنه فينصرف
الجواب اليه ولو قال تركت طلاقك او خليت سبيل طلاقك
وهو يريد به الطلاق وقع لان ترك الطلاق وتخلية سبيله
قد يكون بالاعراض عنه وقد يكون باخراجه من ملكه وذلك
بايقاعه فكان اللفظ محتملا للطلاق وغيره فتصح نيته
ولو قال اعرضت عن طلاقك او صفحت عن طلاقك ونوى

الطلاق

الطلاق لم تطلق لان الاعراض عن الطلاق يقتضي ترك التصرف فيه والصفح
هو الاعراض فلا يحتمل الطلاق ولا تصح نيته وكذا كل لفظ لا يحتمل
الطلاق لا يقع به الطلاق وان نوي مثل قوله بارك الله عليك او
قال لها اطعميني او اسقيني ونحو ذلك ولو جمع بين ما يصلح للطلاق
وبين ما لا يصلح له بان قال اذهبي وكلي او قال اذهبي وبيعي الثوب
ونوى الطلاق بقوله اذهبي **ذكر** في اختلاف زفر ويعقوب ان في
قول ابي يوسف رحمه الله لا يكون طلاقا وفي قول زفر رحمه الله يكون
طلاقا **وجه قول زفر** رحمه الله انه ذكر لفظين احدهما يحتمل الطلاق والاخر
لا يحتمله فيلغو ما لا يحتمله ويصح ما يحتمله **وجه قول ابي يوسف** ان قوله
اذهبي مقرونا بقوله كلي وبيعي لا يحتمل الطلاق لان معناه اذهبي
لتاكلي الطعام واذهبي لتبيعي الثوب والذهاب للاكل والبيع
لا يحتمل الطلاق فلا تعمل نيته ولو نوى في شي من الكنايات التي هي
بواين ان يكون ثلاثا مثل ان يقول لها انت باين انت علي حرام وغير ذلك
يكون ثلاثا الا في قوله اختاري لان البينونه نوعان غليظه
وخفيفه فالخفيفه هي التي تحل له المراه بعد بينونتها بنكاح جديد صحيح
بدون التزوج بزوج اخر والغليظه ما لا تحل الا بنكاح جديد بعد
التزوج بزوج اخر فاذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله لفظه
والدليل عليه ما روي ان ركانه بن زيد او زيد بن ركانه طلق
امراته البته فاستحلفه رسول الله صلى الله عليه وسلم ما اردت
ثلاثا فلو لم يكن اللفظ محتملا للثلاث لم يكن للاستحلاف معنى
وكذا قوله انت علي حرام يحتمل الحرمه الخفيفه والغليظه فاذا نوى
الثلاث فقد نوى احد نوعي الحرمه فتصح نيته وان نوى ثنتين
كانت واحده في قول اصحابنا الثلاثه رحمهم الله وقال زفر رحمه
الله يقع ما نوى **وجه قوله** ان البينونه والحرمه انواع ثلاثه
خفيفه وغليظه ومتوسطه بينهما ولو نوى احد النوعين صحت
نيته فكذا اذا نوى الثلاث لان اللفظ يحتمل الكل على وجه واحد
ولنا ان قوله باين او حرام اسم للذات والذات واحد فلا
يحتمل العدد وانما احتمل الثلاث من حيث التوحد على ما بينا
في صريح الطلاق ولا يوجد في الاثنين اصلا بل هو عدد محض
فلا يحتمله الاسم الموضوع للواحد معنى ان الحاصل بالثنتين
والحاصل بالواحد سوا **الا ترى** انه لا تحل في كل واحد منهما بنكاح
جديد من غير التزوج بزوج اخر فكان الثابت بهما بينونه خفيفه
وحرمه خفيفه كالثابت بالواحد فلا يكون ههنا قسم ثالث

في المعنى **وعلى هذا** قال اصحابنا انه اذا قال لزوجته الامة انت باين او حرام
ينوي الثنتين يقع ما نوى لان الاثنتين في الامة كل جنس الطلاق في حقها
وكان الثنتان في حق الامة كالثلاث في حق الحرة وقالوا لو طلق زوجته الحرة
واحدة ثم قال لها انت باين او حرام ينوي اثنتين كانت واحدة لان الاثنتين
بانفسهما ليستا كل طلاق الحرة بدون الطلقة المتقدمة **الا ترى** ان الواقع
بها رجعي نصا وكقوله انت واحدة كانه قال انت طالق وينوي الثلاث ولان
قوله انت واحدة لا يحتمل ان يفسر بالثلاث فلا يحتمل الثلاث وكذا قوله
اعتدي واستبري رحمك لان الواقع بكل واحد منهما رجعي فصار كقوله
انت واحدة ولو نوى بها اثنتين لا يصح لما قلنا بل اولى لان الاثنتين
عدد محض **واما النوع الثاني** فهو ان يكتب على قرطاس او ارض او
حايط كتابة مستبينة لكن لا على وجه المخاطبة امراته طالق فيسال
عن نيته فان قال نويت به الطلاق وقع وان قال لم انو به الطلاق صدق
في القضاء لان الكتابة على هذا الوجه بمنزلة الكناية لان الانسان
قد يكتب على هذا الوجه ويريد به الطلاق وقد يكتب لتجويد الخط فلا
يحمل على الطلاق الا بالنية ولو كتب كتابة غير مستبينة بان كتب على
الما او على الهوى فذلك ليس بشي حتى لا يقع به الطلاق الا بالنية والله
المتوكل لان ما لا يستبين به الحروف لا يسمى كتابة فكان ملحقا بالعدم وان
كتب كتابة مرسومة على طريق الخطاب والرسالة مثل ان يكتب اما بعد
يا فلانة فانت طالق اذا وصل كتابي اليك يقع به الطلاق ولو قال
ما اردت به الطلاق اصلا لا يصدق الا ان يقول نويت طلاقا من وثاق
فيصدق فيما بينه وبين الله تعالى لان الكتابة المرسومة جارية
مجرى الخطاب الا ترى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يبلغ
بالخطاب مرة وبالكتاب اخرى وبالرسول ثالثا وكان التبليغ بالكتاب
والرسول كالتبليغ بالخطاب فدل ان الكتابة المرسومة بمنزلة الخطاب
فصار كانه خاطبها بالطلاق عند الحضرة فقال لها انت طالق او ارسل
اليها رسولا بالطلاق عند الغيبة فاذا قال ما اردت به الطلاق فقد
اراد صرف الكلام عن ظاهره فلا يصدق ثم ان كتب على الوجه المرسوم
ولم يعلقه بشرط بان كتب اما بعد يا فلانة فانت طالق عقيب كتابة
لفظة الطلاق بلا فصل لما ذكرنا ان كتابة قوله انت طالق على طريق
المخاطبة بمنزلة التلفظ بها وان علقه بشرط الوصول اليها بان كتب
اذا وصل كتابي اليك فانت طالق لا يقع الطلاق حتى يصل اليها لانه علق
الوقوع بشرط الوصول فلا يقع قبله كما لو علقه بشرط اخر وقالوا فيمن كتب
كتابا على وجه الرسالة وكتب اذا وصل كتابي اليك فانت طالق ثم محى ذكر

الطلاق

الكتابة المرسومة
بمنزلة الخطاب

الطلاق منه وانفذ الكتاب وقد بقي منه كلام يسمى كتابا ورسالة وقع
الطلاق لوجود الشرط وهو وصول الكتاب اليها فان محى ما في الكتاب
حتى لم يبق منه كلام يكون لم يقع الطلاق وان وصل لان الشرط وصول
الكتاب ولم يوجد لان ما بقي منه لا يسمى كتابا فلم يوجد الشرط فلا
يقع الطلاق **هذا الذي ذكرنا** بيان الالفاظ التي يقع الطلاق بها
في الشرع **فصل واما بيان صفة الواقع بها فالواقع**
بكل واحد من النوعين اللذين ذكرناهما من الصريح والكناية نوعان
رجعي وباين **اما** الصريح الرجعي **فهو** ان يكون الطلاق بعد الدخول
حقيقة غير مقرون بعوض ولا بعدد الثلاث لا نصا ولا اشارة
ولا موصوف بصفة تنبئ عن البينونة او يدل عليها من غير حرف
العطف ولا مشبه بعدد او صفة يدل عليها **واما** الصريح الباين
فبخلافه **وهو** ان يكون بحروف الابانة او بحروف الطلاق لكن قبل
الدخول حقيقة او بعده لكن مقرونا بعدد الثلاث نصا او اشارة
او موصوفا بصفة تنبئ عن البينونة او يدل عليها من غير حرف العطف
او تشبيهها بعدد او صفة يدل عليها **اذا عرف هذا فصريح الطلاق**
قبل الدخول حقيقة يكون باينا لان الاصل في اللفظ المطلق عن
شرط ان يفيد الحكم فيما وضع له للحال والتاخر فيما بعد الدخول
الى وقت انقضاء العدة ثبت شرعا بخلاف الاصل فيقتصر على
مورد الشرع فبقي الحكم فيما قبل الدخول على الاصل ولو خلا بها
خلوة صحيحة ثم طلقها صريح الطلاق وقال لم اجامعها كان طلاقا
باينا حتى لا يملك مراجعتها وان كان للخلوة حكم الدخول لانها ليست
بدخول حقيقة فكان هذا طلاقا قبل الدخول حقيقة فكان باينا
وكذلك اذا كان مقرونا بعوض وهو الخلع بان قال الطلاق على
مال لان الخلع بعوض طلاق على ما يعيد ما على ما نذكر والطلاق
على مال معاوضة المال بالنفس وهو ان الزوج اخذ العوض بنفس
القبول وهو ما لكها فيملك هي العوض الاخر وهو نفسها تحقيقا
للمعاوضة المطلقة ولا يملك الا بالباين فكان الواقع باينا وكذلك
اذا كان مقرونا بعدد الثلاث نصا بان قال لها انت طالق ثلاثا
لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره
وكذا اذا اشار الى عدد الثلاث بان قال لها انت طالق هكذا يشير
بالابهام والسبابة والوسطى وان اشار باصبع واحدة فهي واحدة
تملك الرجعة وان اشار باثنتين فهما اثنتان لان الاشارة متى
تعلقت بها العبارة نزلت منزلة الكلام لحصول ما وضع له الكلام

نها وهو الاعلام **والدليل** عليه ايضا العرف والشرع **اما** العرف فظاهر
واما الشرع فقول النبي صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا وهكذا وهكذا
واشار باصابع يديه كلها فكان بيانا ان الشهر يكون ثلثين يوما ثم
قال الشهر هكذا وهكذا وهكذا وحبس ابهامه في المرة الثالثة
فكان بيانا ان الشهر يكون تسعة وعشرين يوما واذا قامت الاشارة
مع العبارة مقام الكلام صار كانه قال انت طالق ثلاثا والمعتبر في
الاصابع عدد المرسل منها دون المقبوض لاعتبار العرف والعادة
والدليل عليه ان النبي صلى الله عليه وسلم لما قال الشهر هكذا وهكذا
وهكذا وقبض الابهام في المرة الثالثة فهم منه تسعة وعشرون يوما
ولو اعتبر المقبوض لكان المفهوم منه احد وعشرين يوما فدل ان
المعتبر في الاشارة بالاصابع المرسل منها لا المقبوض وكذا اذا
كان موصوفا بصفة تنبئ عن البينونة او تدل عليها من غير حرف العطف
مثل قوله انت طالق باين او انت طالق حرام او انت طالق البتة ونحو
ذلك وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله يقع واحدة رجعية
وجه قوله انه لما قال انت طالق فقد اتى بصريح الطلاق وانه يعقب
الرجعة فلما قال باين فقد اراد تغيير المشروع فيرد عليه كما لو قال
اعرتك عارية لا رد فيها وكما لو قال انت طالق وقال اردت به
الابانة **ولنا** انه وصف المراة بالبينونة بالطلاق الاول وانه
مما يحتمل البينونة **الا ترى** انه تحصل البينونة به قبل الدخول
وبعد انقضاء العدة فكان قوله باين وبتة صفة مبينة لا مغيرة
واذا لم يكن له نية لا يقع بتطليقة بقوله طالق والاخرى بقوله باين
ونحو ذلك لان قوله باين ونحو ذلك يصلح وصفا للمراة بالطلاق
الاول فلا يثبت الا مقتضى واحدا لان ثبوته بطريق الضرورة
فيتقدر بالادنى وكذا اذا قال لها انت طالق تطليقة طويلة
او عريضة لان الطول والعرض يقتضيان القوة ولو قال انت
طالق من ههنا الى موضع كذا فهو رجعي في قول اصحابنا الثلاثة
وعند زفر هو باين **وجه قوله** انه وصف الطلاق بالطول فصار كما
اذا قال لها انت طالق تطليقة طويلة **ولنا** انه وصفه بالطول
صورة وبالقصر معنى لان الطلاق اذا وقع في مكان يقع في الاماكن
كلها فكان القصر على بعض الاماكن وصفا له بالقصر والطلقة
القصيرة هي الرجعية ولو قال انت طالق اشد الطلاق فان لم يكن
له نية او نوى واحدة فهي واحدة باينة لان حكم البائن اشد من
حكم الرجعي فيقع باينا وان نوى ثلاثا فثلاث لان الف التفضيل

قد تذكر لبيان اصل التفاوت وهو مطلق التفاوت وذلك في الواحدة
البائنة لانها اشد حكما من الرجعية وقد تذكر لبيان نهاية التفاوت
وهو مطلق ذلك في الثلاث فاذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله
كلامه فصحت نيته وان لم يكن له نية تنصرف الى الادنى لانه
متيقن به ولو قال لها انت طالق ملء البيت فان نوى الثلاث
كان ثلاثا وان لم يكن له نية فهي واحدة باينة لان قوله ملء
البيت يحتمل انه اراد به الكثرة والعدد ويحتمل انه اراد به
العظمة وهي العظم والقوة فاي ذلك نوى فقد نوى ما يحتمله
لفظه وعند انعدام النية يحمل على الواحدة البائنة لكونها
متيقنا بها ولو قال لها انت طالق اقبح الطلاق قال ابو يوسف
رحمه الله هو رجعي وقال محمد رحمه الله هو باين **وجه قول محمد**
رحمه الله انه وصف الطلاق بالقبح والطلاق القبيح هو الطلاق
المنهي عنه وهو البائن فيقع باينا **وجه قول ابي يوسف** رحمه الله
ان قوله اقبح الطلاق يحتمل القبح الشرعي وهو الكراهة الطبعية
وهو ان يطلقها في وقت يكره الطلاق فيه طبعا فلا يثبت
البينونة فيه بالشك ولو قال لها انت طالق للبدعة فهي
واحدة رجعية لان البدعة قد تكون في الطلاق في حالة الحيض
فيقع الشك في ثبوت البينونة فلا يثبت بالشك وكذا اذا
قال لها انت طالق طلاق الشيطان فهو كقوله انت طالق للبدعة
فهي واحدة رجعية لان لفظه يحتمل ذلك على ما بينا فتصح نيته
ولو شبه صريح الطلاق بالعدد فيما لا عدد له فان شبهه
بالعدد فيما هو ذو عدد كما لو قال لها انت طالق كالف او
مثل الف فههنا ثلاثة فصول **الاول** هذا **والثاني**
ان يقول لها انت طالق واحدة كالف او مثل الف **والثالث** ان
يقول لها انت طالق كعدد الف **اما** الفصل الاول فان نوى
ثلاثا فهو ثلاث بالاجماع وان نوى واحدة او لم يكن له نية فهي
واحدة باينة في قول ابي حنيفة وابي يوسف **وقال** محمد رحمه الله
هو ثلاث ولو قال نويت به واحدة دين فيما بينه وبين الله
تعالى ولم يدين في القضاء **وجه قوله** ان قوله كالف تشبيه بالعدد
اذ الالف من اسماء الاعداد فصار كما لو نص على العدد فقال
انت طالق كعدد الف ولو قال ذلك كان ثلاثا كذا هذا
وجه قولهما ان التشبيه بالالف يحتمل التشبيه من حيث العدد
ويحتمل التشبيه من حيث الصفة وهو صفة القوة والشدة

فان الواحد من الرجال قد يشبه بالف رجل في الشجاعة وان كان محتملا لهما فلا يثبت العدد الا بالنية فاذا نوى فقد نوى ما يحتمله كلامه وعند عدم النية يحمل على الادنى لانه متيقن ولا يحمل على العدد بالشك ٥ **واما الفصل الثاني** وهو ما اذا قال انت طالق واحدة كالف فهي واحدة بائنة في قولهم جميعا لانه لما نص على الواحدة علم انه ما اراد به التشبيه من حيث العدد فتعين التشبيه في القوة والشدة وذلك في البائن فيقع بائنا **واما الفصل الثالث** وهو ما اذا قال لها انت طالق كعدد الف او عدد ثلاث او مثل عدد ثلاث فهي ثلاث في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى ولو نوى غير ذلك فنيته باطلة لان التنصيص على العدد ينفي احتمال ارادة الواحدة وان شبهه بالعدد فيما لا عدد له بان قال انت طالق مثل عدد كذا الشيء لا عدد له كالشمس والقمر فهي واحدة بائنة في قياس قول ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف رحمه الله هي واحدة يملك الرجعة **وجه قوله** ان التشبيه بالعدد ٥ فيما لا عدد له لغو فبطل التشبيه وبقي قوله انت طالق ٥ **وجه قول ابي حنيفة** ان هذا النوع من التشبيه يقتضي ضربا من الزيادة لا محالة ولا يمكن حمله على الزيادة من حيث الصفة وقالوا فيمن قال لامرأته انت طالق عدد شعور راحتي او عدد ما على ظهر كفي من الشعر وقد خلق ظهر كفه طلقت واحدة لانه شبهه بما لا عدد له لانه علق الطلاق بوجود الشعر على راحته او على ظهر كفه للحال فلا يتحقق التشبيه بالعدد فلغا التشبيه وبقي قوله انت طالق فيكون رجعيا ولو قال انت طالق عدد شعر راسي او عدد شعر ظهر كفي وقد حلقه طلقت ثلاثا لانه شبهه بما له عدد وان لم يكن موجودا فكان هذا تشبيها به حال وجوده وهو حال وجوده ذو عدد بخلاف المسئلة الاولى لان ذلك تعليق التشبيه بوجوده للحال وهو غير موجود للحال فيلغو ٥ التشبيه ولو قال لها انت طالق مثل الجبل او مثل حبة الخردل فهي واحدة بائنة في قول ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف هي واحدة يملك الرجعة **وجه قوله** ان قوله مثل الجبل يحتمل التشبيه في الصفة وهي العظم ويحتمل التشبيه في التوحد لان الجبل بجميع اجزائه شيء واحد غير متعدد فلا يثبت البينونة بالشك **وجه قول ابي حنيفة** رحمه الله ان هذا التشبيه يقتضي زيادة لا محالة وانه لا يحتمل الزيادة من حيث العدد لانه ليس بذي عدد لكونه واحدا

في الذات فيحمل على الزيادة التي ترجع الى الصفة وهي في البينونة ٥ ويحمل على الواحدة الثانية لانها المتيقن بها ولو قال مثل عظم الجبل او قال مثل عظم كذا واضاف ذلك الى صغير او كبير فهي واحدة بائنة وان لم يسم واحدة لتعينت الواحدة الثانية وان نوى ثلاثا فهي ثلاث لانه نص على التشبيه بالجبل في العظم فهذا ما يقتضي زيادة لا محالة على ما يقتضيه الصريح **ثم** ان كان ٥ قد سمى واحدة تعينت الواحدة لان الزيادة فيها لا تكون الا ٥ بالبينونة وان كان لم يسم واحدة احتمل الزيادة في الصفة وهي البينونة بالواحدة او بالثلاث فان نوى الثلاث تكون ثلاثا لانه نوى ما يحتمله كلامه وان لم يكن له نية يحمل على الواحدة ٥ لكونها ادنى والادنى متيقن به وفي الزيادة عليه شك ولو ٥ قال انت طالق مثل هذا وهذا وهذا واشار بثلاث اصابع فان نوى ثلاثا فثلاث وان نوى واحدة فواحدة بائنة لانه ٥ شبه الطلاق بما له عدد فيحتمل التشبيه من حيث العدد ٥ ويحتمل التشبيه في الصفة وهو الشدة فان نوى به الثلاث صحت نيته لانه نوى ما يحتمله لفظه كما في قوله انت طالق كالف وان نوى به الواحدة كانت واحدة لانه اراد به التشبيه في الصفة وكذا اذا لم يكن له نية يحمل على التشبيه من حيث الصفة لانه ادنى واما الكناية فثلثة الفاظ من الكنايات رواجع الى الطلاق بلا خلاف وهي قوله اعتدي واستبري رحمك وانت واحدة اما قوله اعتدي فقد روي عن ابي حنيفة رحمه الله انه قال القياس في قوله اعتدي ان يكون بائنا وانما اتبعنا الاثر وكذا قال ابو يوسف رحمه الله القياس ان يكون بائنا وانما تركنا القياس لحديث جابر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لسودة بنت زمعة اعتدي فناشدته ان ٥ يراجعها لتجعل يومها لعائشة رضي الله عنها حتى تحشر في زمرة ازواجه فراجعها ورد عليها يومها ولان قوله اعتدي امر ٥ بالاعتداد والاعتداد يقتضي سابقة الطلاق والمقتضى يثبت بطريق الضرورة فيتقدر بقدر الضرورة والضرورة ترتفع بالاقل وهو الواحدة الرجعية فلا يثبت ما سواها ثم قوله اعتدي انما يجعل مقتضيا في الطلاق في المدخول بها فانه يجعل مستعارا عن الطلاق وقوله استبري رحمك ٥ تفسير قوله اعتدي لان الاعتداد شرع لاستبراء الرحم ٥

فيعتبد ما يعيده قوله اعتدي واما قوله انت واحدة فلانه لما نوى
الطلاق فقد جعل قوله واحدة نعت لمصدر محذوف وهو الطلقة
كانه قال انت طالق طلقة واحدة كما يقال اعطيته جزيلا اي عطا
جزيلا **واختلف** في البواقي من الكنايات **قال اصحابنا** رضي الله عنهم
انها بواين **وقال** الشافعي رواجع **وجه قوله** ان هذه الالفاظ
كنايات الطلاق فكانت مجازا عن الطلاق الا ترى انها لا تعمل بدون
نية الطلاق فكان العامل هو الحقيقة وهو المكنى عنه لا المجاز
وهو الكناية ولهذا كانت الالفاظ الثلاثة رواجع فكذلك البواقي
ولنا ان الشرع ورد بهذه الالفاظ وانها صالحة لاثبات البينونة
والمحل قابل للبينونة فاذا وجد من الاهل ثبتت البينونة
استدلالا بما قبل الدخول ولا شك ان هذه الالفاظ صالحة
لاثبات البينونة فانه يثبت البينونة بها قبل الدخول وبعد
انقضاء العدة ويثبت به قبول المحل ايضا لان ثبوت البينونة في محل
لا يحتملها محال والدليل على ان الشرع ورد بهذه الالفاظ
قوله تعالى فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا جميلا **وقوله**
تعالى فامسكوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف والتسريح
والمفارقة من كنايات الطلاق على ما بينا **وروي** ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم تزوج امراة فراى في كشحها بياضا فقال لها
الحقي باهلك وهذا من الفاظ الكناية **وروي** عن يزيد بن ركانة
طلق امراته البتة فحلفه رسول الله صلى الله عليه وسلم ما اراد
بها الثلاث وقوله البتة من الكنايات واذا ثبت ان هذا التصرف
مشروع موجود لتصرف حقيقة بوجود ركنه ووجوده شرعا
بصدوره من اهله وحلوله في محله وقد وجد فتثبت البينونة
واذا ثبتت البينونة فقد زال الملك فلا يملك الرجعة ولان
شرع الطلاق في الاصل لمكان المصلحة لان الزوجين قد يختلف
اخلاقهما وعند اختلاف الاخلاق لا يبقى النكاح مصلحة لانه
لا يبقى وسيلة الى المصالح المقاصد فيتقلب المصلحة الى الطلاق
ليصل كل واحد منهما الى زوج يوافقه فيستوفي مصالح النكاح
منه الا ان المخالفة قد تكون من جهة الزوج وقد تكون من جهة
المراة فالشرع شرع الطلاق وفوض طريق رفع المخالفة
والاعادة الى الموافقة الى الزوج لاختصاصه بكمال العقل
والراي فينظر في حال نفسه فان كانت المخالفة من جهته يطلقها
طلاقا واحدا رجعيا او ثلاثا في ثلاثة اطهار ويجرب نفسه في هذه

المدة

المدة فان كان يمكنه الصبر عنها ولا يميل قلبه اليها تركها حتى تنقضي
عدتها وان كان لا يمكنه الصبر عنها راجعها وان كانت المخالفة
من جهتها وتمنع الحاجة الى ان تتوب وتعود الى الموافقة وذلك
لا يحصل بالطلاق الرجعي لانها اذا علمت ان النكاح بينهما قائما
لا تتوب فيحتاج الى الابانة التي بها يزول الحل والملك لتذوق
مرارة الفراق فتعود الى الموافقة عسى واذا كانت المصلحة في
الطلاق بهذين الطريقين مست الحاجة الى شرع الابانة عاجلا
واجلا تحقيقا لمصالح النكاح بالقدر الممكن وقوله هذه الالفاظ
مجاز عن الطلاق ممنوع بل هي حقائق عاملة بانفسها لانها صالحة
للعمل بانفسها على ما بينا فكان وقوع البينونة بها لا بالمكنى
عنه على انا ان سلمنا انها مجاز عن الطلاق فلفظ المجاز عامل
بنفسه ايضا كلفظ الحقيقة فان المجاز احد نوعي الكلام فيعمل
بنفسه كالحقيقة **ولهذا** قلنا ان للمجاز عموما كالحقيقة
الا ان يشترط النية لتنوع البينونة والحرمة الى الغليظة
والخفيفة فكان الشرط في الحقيقة منه التمييز وتعيين احد
النوعين لا نية الطلاق والله اعلم **ويستوي** فيما ذكرنا من الصريح
والكناية والرجعي والباين ان يكون ذلك بمباشرة الزوج
بنفسه بطريق الاصالة او بغيره باذنه وامره وذلك انواع
ثلثة تفويض وتوكيل ورسالة **اما** التفويض فنحو قول
الرجل لامراته امرك بيدك وقوله اختاري وقوله انت طالق
ان شئت وما يجري مجراه وقوله طلقي نفسك **فصل اما**
قوله امرك بيدك فالكلام فيه يقع في مواضع **في** بيان صفة
التفويض وهو جعل الامر باليد **وفي** بيان حكمه **وفي** بيان شرط
ثبوت الحكم **وفي** بيان شرايط بقايه وما يبطل به وما لا يبطل
وفي بيان صفة الحكم الثابت **وفي** بيان ما يصلح جوابا
جعل الامر باليد من الالفاظ **وفي** بيان حكمها اذا وجد **فاما**
بيان صفته فهو انه لازم من جانب الزوج حتى لا يملك الرجوع
عنه ولا نهي المراة عما جعل اليها ولا فسخ ذلك لانه ملكها الطلاق
ومن ملك غيره شيا فقد زالت ولايته عن المملك فلا يملك ابطاله
بالرجوع والنهي والفسخ بخلاف البيع فان الايجاب من البايع ليس
بتمليك بل هو احد ركني البيع فاحتمل الرجوع عنه ولان الطلاق
بعد وجوده لا يحتمل الرجوع والفسخ فكذا بعد ايجابه بخلاف البيع
فانه يحتمل الفسخ بعد تمامه فيحتمل الرجوع والفسخ بعد ايجابه ايضا

٢ وهذه انواع ثلثة قال ابن همام وتحت هذا الصنف
ثلثة اصناف التفويض
بلفظ التخيير وبلفظ الامر باليد وبلفظ المشية
٥ انا اقول هذا من البدايع

ولان هذا النوع من التمليك فيه معنى التعليق فلا يحتمل الرجوع عنه
والفسخ كسائر التعليقات المطلقة بخلاف البيع فانه ليس فيه
معنى التعليق راسا وكذلك لو قام هو عن المجلس لا يبطل الجعل
لان قيامه ليس دليل الاعراض بخلاف البيع اذا اوجب البايع
ثم قام قبل قبول المشتري انه يبطل الايجاب لان البيع يبطل
بصريح الابطال منه فجاز ان يبطل بدليل الابطال واما من جانب
المراة فانه غير لازم لانه لما جعل الامر بيدها فقد خيرها بين
اختيارها نفسها بالتطليق وبين اختيارها زوجها والتخيير
ينافي اللزوم واما من جانب الحرمة حكمه فهو صيرورة الامر بيدها
في الطلاق لانه جعل الامر بيدها في الطلاق وهو من اهل الجعل والمحل
قابل للجعل فيصير الامر بيدها **واما** شرط صيرورة الامر بيدها
فشيئان **احدهما** نية الزوج الطلاق لانه من كنايات الطلاق فلا
يصح من غير نية الطلاق **والاخري** انه لا يملك ايقاعه بنفسه من
غير نية الطلاق فكيف يملك تفويضه الى غيره من غير نية
الطلاق حتى لو قال الزوج ما اردت به الطلاق يصدق ولا
يصير الامر بيدها لان هذا التصرف يحتمل الطلاق ويحتمل غيره
الا اذا كانت الحال حال الغضب والخصومة او حال مذاكرة الطلاق
فلا يصدق في الكونها العدول عن الظاهر القضا لان الحال يدل
على ارادة الطلاق ظاهرا فلا يصدق في العدول عن الظاهر فان
ادعت المراة انه اراد به الطلاق او ادعت ان ذلك كان في حال
الغضب او حال ذكر الطلاق وهو ينكر فالقول قوله مع يمينه
لانها تدعي عليه الطلاق وهو ينكر فان اقامت البينة ان ذلك كان
في حال الغضب او ذكر الطلاق قبلت بينتها لان حال الغضب
وذكر الطلاق يوقف الشهود عليها ويتعلق علمهم بها فكانت هي
شهادة عن علم بالمشهود به فيقبل ولو اقامت البينة على انه نوى
الطلاق لم تقبل بينتها لانه لا وقوف للشهود على النية لانها امر
في القلب فكانت هذه شهادة لا عن علم بالمشهود به فلم تقبل والثاني
علم المراة بجعل الامر في يدها حتى لو جعل الامر بيدها وهي غايبة
او حاضرة لم يسمع او بلغها الخبر لان معنى صيرورة الامر بيدها
في الطلاق هو ثبوت الخيار لها وهو اختيارها نفسها بالطلاق
او زوجها بترك الطلاق اختيار الايثار وهذا لا يتحقق الا بعد
العلم بالتخيير فاذا علمت صار الامر بيدها في اي وقت علمت ان
كان التفويض مطلقا عن الوقت وان كان موقتا بوقت وعلمت به في

شي

شي من الوقت صار الامر بيدها فاما اذا علمت بعد مضي الوقت كله
لا يصير الامر بيدها بهذا التفويض ابدا لان ذلك علم لا ينفع
لان التفويض الموقت بوقت ينتهي عند انتهاء الوقت فلو صار الامر
بيدها بعد ذلك لصار من غير تفويضه وهذا لا يجوز **واما**
بيان شرط بقا هذا الحكم وما يبطل به وما لا يبطل فلن يمكن معرفته
الا بعد معرفة اقسام الامر باليد **فنقول** وبالله التوفيق
جعل الامر باليد لا يخلوا اما ان يكون منجزا واما ان يكون معلقا
بشرط واما ان يكون مضافا الى وقت **والمنجز** لا يخلوا اما ان يكون
مطلقا واما ان يكون موقتا فان كان مطلقا بان قال امرك بيدك
فشرط بقا حكمه وهو مجلس علمها بالتفويض فما دامت في مجلسها
فالامر بيدها لان جعل الامر بيدها تمليك الطلاق منها لانه
جعل امرها في الطلاق بيدها تتصرف فيه برايها وتدبيرها
كيف شاءت بمشية الايثار وهذا معنى المالكية وهو التصرف
عن مشية الايثار والزوج يملك التطليق بنفسه فيملك تمليكه
من غيره فصارت مالكة للطلاق بتمليك الزوج وجواب التمليك
يتقيد بالمجلس لان المملك انما يملك بشرط الجواب في المجلس لانه
يملك الخطاب وكل مخلوق خاطب غيره يطلب جوابه في المجلس
فيتقيد جواب التمليك بالمجلس كما في قبول البيع وغيره وسوا
قصر المجلس او طال لان ساعات المجلس جعلت كساعة واحدة
لان اعتبار المجلس للحاجة الى التامل والتفكر وذلك يختلف
باختلاف الاشخاص والاحوال والاوقات ولا ضابط له الا
المجلس فان قامت عن مجلسها بطل لان الزوج يطلب جواب التمليك
في المجلس والقيام عن المجلس دليل الاعراض عن جواب التمليك
فكان ردا للتمليك دلالة ولان المملك لما طلب الجواب في المجلس
لا يملك الجواب في غير المجلس لانه ما ملكها في غيره وقد اختلف
المجلس بالقيام فلم يكن في بقا الامر في يده فيبطل وكذلك اذا
وجد منها قول او فعل يدل على اعراضها عن الجواب بان دعت
بطعام لتاكل او امرت وكيلها بشي او خاطبت انسانا ببيع او شرا
او كانت قايمة فركبت او راكبة فانتقلت الى دابة اخري او واقفة
فسارت او انبسطت او اغتسلت او مكنت زوجها حتى وطيها
او اشتغلت بالنوم لان هذا كله دليل الاعراض عن الجواب
وان كانت سايرة او كانا في محمل واحد فان اجابت على الفور والا
بطل خيارها وان كانت في سفينة فسارت لا يبطل خيارها

لان حكمها حكم البيت فكل ما يبطل به الخيار اذا كانت في البيت يبطل
به اذا كانت في السفينة وما لا فلا فان كانت قايمة فقعدت لم يبطل
خيارها بخلاف ما اذا كانت قاعدة فقامت لان القعود يجمع الراي
والقيام يفرقه فكان القعود دليل ارادة التامل والقيام دليل
ارادة الاعراض وكذلك ان كانت متكية فقعدت لم يبطل خيارها
لما قلنا وان كانت قاعدة فاتكأت ففيه روايتان في رواية يبطل
خيارها لان المتكي يتبعد ليجتمع رايه فاما القاعد فلا يتكي كذلك
وفي رواية اخرى لا يبطل لان التامل ينتقل من الاتكا الى القعود
مرة ومن القعود الى الاتكا اخرى وقد صار الامر بيدها بيقين
فلا يخرج بالشك ولو كانت قاعدة فاضطجعت يبطل خيارها في
قول زفر رحمه الله وعن ابي يوسف روايتان روى الحسن بن زياد
عنه انه لا يبطل خيارها وروى الحسن بن ابي مالك انه يبطل كما
قال زفر وان ابتدت الصلاة بطل خيارها فرضا كانت الصلاة او
نفلا لان اشتغالها بالصلاة اعراض عن الجواب فان خيرها
وهي في الصلاة فاتمتها فان كانت في صلاة الفرض او الواجب
كالوتر لا يبطل خيارها حتى تخرج من الصلاة لانها مضطرة في الاتمام
لكونها ممنوعة عن الافساد فلا يكون الاتمام دليل الاعراض
وان كانت في صلاة التطوع فان سلمت على راس الركعتين فهي
على خيارها وان زادت على الركعتين بطل خيارها لان كل
شفع من التطوع صلاة على حدة فكانت الزيادة على الشفع بمنزلة
الشروع في الصلاة ابتدا ولو خيرت وهي في الاربع قبل الظهر
فاتمت ولم تسلم على راس الركعتين اختلف المشايخ فيه قال
بعضهم يبطل خيارها كما في التطوع المطلق وقال بعضهم لا يبطل
وهو الصحيح لانها في معنى الواجب فكانت من اولها الى اخرها
صلاة واحدة ولو اخذ الزوج بيدها فاقامها بطل خيارها لانها
ان قدرت على الامتناع فلم تمتنع فقد قامت باختيارها وهو
دليل الاعراض وان لم تقدر على ان تمتنع تقدر ان تقول قبل
الاقامة اخترت نفسي فلما لم تقل فقد اعرضت عن الجواب فان
اكلت طعاما يسيرا من غير ان تدعو بطعام او شربت شرابا
قليلا او نامت قاعدة او لبست ثوبا وهي قاعدة ولم تقم لم
يبطل خيارها لانها تحتاج الى احضار الشهود فتحتاج الى اللبس
لتستتر فكان ذلك من ضرورات الخيار فلا يبطل به والاكل
اليسير لا يدل على الاعراض وكذا النوم قاعدة من غير ان تشتغل

به وكذا اذا سبحت او قرات شيا قليلا لم يبطل خيارها لان التسبيح
اليسير والقراءة القليلة لو جعل ذلك مبطلا للخيار لانسد باب
التفويض وان طال ذلك يبطل الخيار لان الطويل منه دليل
الاعراض ولا يكثر وجوده فان قالت ادعوا لي شهودا اشهدهم
لم يبطل خيارها لانها تحتاج الى ذلك صيانة لاختيارها عن
الجحود فكان ذلك من ضرورات الخيار فلم يكن ذلك دليل الاعراض
وكذلك اذا قالت ادعوا لي ابي استشيره لان هذا امر يحتاج
الى المشورة وقد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال لعايشة رضي الله عنها اني اعرض عليك امرا فلا تعجلي حتى
تستشيري ابويك فلو كانت المشورة مبطلة للخيار لما ندبها
الى الاستشارة ولو قالت اخترت نكاحك اولا اختار الطلاق
خرج الامر من يدها لانها صرحت برد التمليك وانه يبطل بدلالة
الرد فبالتصريح اولى وسوا كان التمليك بكلمة كلما او بدونها
بان قال لها امرك بيدك كلما شيت لما ذكرنا ان اختيارها زوجها
رد للتمليك فيرتد ما جعل اليها من جميع الاوقات هذا اذا
كان التفويض مطلقا عن الوقت فاما اذا كان موقتا فان اطلق
الوقت بان قال امرك بيدك اذا شيت او اذا ما شيت او متى ما
شيت فلها الخيار في المجلس وغير المجلس ولا يتقيد بالمجلس حتى
لو ردت الامر لم يكن ردا ولو قامت عن مجلسها او اخذت في عمل
اخر او كلام اخر فلها ان تطلق نفسها لانه ما ملكها الطلاق
مطلقا ليكون طالبا جوابها في المجلس بل ملكها في اي وقت شات
فلها ان تطلق نفسها في اي وقت شات الا انها لا تملك ان
تطلق نفسها الا واحدة لما نذكر وان وقته بوقت خاص بان قال
امرك بيدك يوما او شهرا او سنة او اليوم او الشهر او السنة
او قال هذا اليوم او هذا الشهر او هذه السنة لا يتقيد بالمجلس
ولها الامر في الوقت كله تختار نفسها فيما شات منه ولو قامت
من مجلسها او اشتغلت بغير الجواب لا يبطل خيارها ما بقي شي من
الوقت بلا خلاف لانه فوض الامر اليها في جميع الوقت المذكور
فيبقى ما بقي الوقت بلا خلاف لانه فوض الامر اليها في جميع الوقت
المذكور فيبقى ما بقي الوقت ولانه لو بطل الامر باعراضها لم يكن
للتوقيت فايدة وكان الموقت وغير الموقت سوا غير انه ان ذكر
اليوم او الشهر او السنة منكرا فلها الامر في الساعة التي تكلم فيها
الى مثلها من الغد والشهر والسنة لان ذلك يقع على يوم تام

وشهر تام وسنة تامه ولا يتم الا بما قلنا ويكون الشهر ههنا بالايام لان التفويض اذا وجد في بعض الشهر لا يمكن اعتبار الاهله فيعتبر بالايام وان ذكر ذلك معرفا فلها الخيار في بقية اليوم وفي بقية الشهر وفي بقية الشهر وفي بقية السنه لان المعرف منه يقع على الباقي ويعتبر الشهر ههنا بالهلال لان الاصل في الشهر هو الهلال والعدول عنه الى غيره لمكان الضروره ولا ضروره ههنا ولو اختارت نفسها في الوقت مرة ليس لها ان تختار مرة اخرى لان اللفظ يقتضي الوقت لا التكرار ولو قالت اخترت زوجي او قالت لا اختار الطلاق ذكر في بعض المواضع ان على قول ابي حنيفه ومحمد رحمهما الله يخرج الامر من يدها في جميع الوقت حتى لا يملك ان تختار نفسها بعد ذلك وان بقي الوقت وعند ابي يوسف رحمه الله يبطل خيارها في ذلك المجلس ولا يبطل في مجلس اخر وذكر في بعض ان الاختلاف على العكس من ذلك **وجه قول من قال** انه لا يخرج الامر من يدها انه جعل الامر بيدها في جميع الوقت واعراضها في بعض الوقت لا يبطل خيارها في الجميع كما اذا قامت عن مجلسها او اشتغلت بامر يدل على الاعراض **وجه قول من يقول** انه يخرج الامر من يدها ان قولها اخترت زوجي رد التمليك والتمليك تمليك واحد فيبطل برد واحد كتمليك البيع بخلاف القيام عن المجلس لانه ليس برد حقيقة بل هو امتناع من الجواب الا انه جعل ردا في التفويض المطلق عن الوقت ضرورة ان الزوج طلب الجواب في المجلس والمجلس يبطل بالقيام فلو بقي الامر لبقي خاليا عن الفايده فبطل ضرورة عدم الفايده في البقا وهذه الضرورة منعدمة ههنا لان الزوج طلب منها الجواب في جميع الوقت لا في المجلس فكان في بقا الامر بعد القيام عن المجلس فايده فيبقى ولان الزوج خيرها بين ان تختار نفسها وبين ان تختار زوجها ولو اختارت نفسها يبطل خيارها في جميع المدة وكذا اذا اختارت زوجها **وروى** بن سماعه عن ابي يوسف انه قال امرك بيدك هذا اليوم فهو على اليوم كله ولو قال امرك بيدك في هذا اليوم كان على مجلسها لان في الفصل الاول جعل اليوم كله ~~ولو قال امرك بيدك في هذا~~ اليوم ظرفا للامر بالبيد كما لو قال لله علي ان اصوم عمري انه يلزمه صوم جميع عمره لانه جعل عمره ظرفا للصوم فاذا صار اليوم كله ظرفا للامر بالبيد فلا يتقيد بالمجلس وفي الفصل الثاني جعل جزءا من اليوم ظرفا كما لو قال لله علي ان اصوم في عمري لا يلزمه الا صوم واحد لانه جعل جزءا من عمره ظرفا للصوم واذا

صار جزء من اليوم ظرفا للامر والابهام جزءا فيتعين جزء فيختص بالمجلس ولو قال امرك بيدك الى راس الشهر صار الامر بيدها الى راس الشهر ولا يبطل بالقيام عن المجلس والاشتغال بترك الجواب وهل يبطل باختيارها زوجها فهو على الاختلاف الذي ذكرنا واما الثاني وهو التفويض المعلق بشرط فلا يخلو اما من احد وجهين اما ان يكون مطلقا عن الوقت واما ان يكون مقيدا موقتا فان كان مطلقا بان قال اذا قدم فلان فامرك بيدك فقدم فلان فالامر بيدها اذا علمت في مجلسها الذي يقدم فيه لان المعلق بالشرط كالمنجز عند الشرط فيصير قايلا عند القدوم امرك بيدك فاذا علمت بالقدوم كان لها الخيار في مجلس علمها وان كان موقتا بان قال اذا قدم فلان فامرك بيدك يوما او قال اليوم الذي يقدم فيه فلان فاذا قدم فلها الخيار في ذلك الوقت كله اذا علمت بالقدوم وعن ابي يوسف انه ان ذكر اليوم منكرا يقع على يوم تام وان عرفه يقع على بقية اليوم الذي يقدم فيه ولا يبطل بالقيام عن المجلس وهل يبطل باختيارها زوجها فهو على ما ذكرنا من الاختلاف وليس لها ان تختار نفسها في الوقت كله الا مرة واحدة لما بينا ولو لم يعلم بقدومه حتى مضى الوقت ثم علمت فلا خيار لها لان هذا التفويض ابدا الا مؤقتا واما المضاف الى الوقت بان قال امرك بيدك غدا او راس الشهر كذا فجا الوقت صار الامر بيدها لان الطلاق يحتمل الاضافه الى الوقت فكذا تمليكه وكان على مجلسها من اول الغد وراس الشهر واول الغد من حين يطلع الفجر الثاني وراس الشهر ليلة الهلال ويومها ولو قال امرك بيدك اذا اهل الشهر يصير الامر بيدها ساعة يهل الهلال ويتقيد بالمجلس ولو قال امرك بيدك اليوم وغدا او قال امرك بيدك هذين اليومين فلها الامر في الوقتين تختار نفسها في ايهما شاءت ولا يبطل بالقيام عن المجلس ما بقي شي من الوقتين وهل يبطل باختيارها زوجها فهو على الاختلاف الذي مر من الاختلاف ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد فاختارت زوجها اليوم فليس لها ان تختار نفسها بعد غد وكذلك اذا ردت الامر في يومها بطل امر ذلك اليوم وكان الامر في يدها بعد غد حتى كان لها ان تختار نفسها بعد غد ذكر الشيخ ابو الحسين احمد القدوري رحمه الله في هذه المسئله ونسب القول الى ابي حنيفه وابي يوسف رحمهما الله وذكرها في الجامع الصغير ولم يذكر الاختلاف والوجه

انه جعل الامر بيدها في وقتين وجعل بينهما وقتا لا خيار لها فيه فصار
كل واحد من الوقتين شيا منفصلا عن صاحبه مستقلا بنفسه في الامر
معتدا به فيتعدد التفويض معنى كانه قال امرك بيدك اليوم
او الشهر او السنة او اليوم او غدا او هذين اليومين على قول من
يقول يبطل الامر لان هناك الزمان زمان واحد لا يتخلله ما لا
خيار لها فيه فكان التفويض واحدا فرد الامر فيه يبطله ولو قال
امرك بيدك اليوم وامرك بيدك غدا فهما امران حتى لو اختارت
زوجها اليوم او ردت الامر فهو على خيارها غدا لانه لما كرر اللفظ
فقد تعدد التفويض فرد احدهما لا يكون ردا للاخر ولو اختارت نفسها
في اليوم الاول فطلقت ثم تزوجها قبل مجي الغد فارادت ان تختار
نفسها فلها ذلك وتطلق اخرى اذا اختارت نفسها لانه ملكها
لانه ملكها بكل واحد من التفويضين طلاقا فلا يتاع باحدهما لا يمنع
الايقاع بالاخر ولو قال امرك بيدك هذه السنة فاختارت نفسها
ثم تزوجها لم يكن لها ان تختار في بقية السنة في قول ابي يوسف
قال ابو يوسف رحمه الله تعالى وقياس قول ابي حنيفة ان يلزمها
الطلاق في الخيار الثاني ولست اروي هذا عنه ولكن هذا قياس قوله
ولو كان ترك القياس واستحسن كان مستقيما ولو لم تختر نفسها ولا
زوجها ولكن الزوج طلقها واحدة ولم يكن دخل بها ثم تزوجها في
تلك السنة فلا خيار لها في بقية السنة في قول ابي يوسف رحمه الله
وعند ابي حنيفة لها الخيار **وجه قول ابي يوسف** رحمه الله ان الزوج
تصرف فيما فوض اليها فيخرج الامر من يدها كالموكل اذا باع ما وكل
ببيعه انه ينعزل الوكيل **وجه قول ابي حنيفة** انه جعل الامر باليد
فيه معنى التعليق فزوال الملك لا يبطله ما دام طلاق الملك الاول
قائما كما في ساير التعليقات وقوله الزوج تصرف فيما فوض اليها
ليس كذلك لانه يملك ثلاث تطليقات ولم يفوض اليها الا واحدة
فيقتضي خروج المفوض عن يده لا غيركا اذا وكل انسان ببيع ثوبين
فباع الموكل احدهما لم تبطل الوكالة لما قلنا كذا هذا **واما بيان
صفة الحكم الثابت بالتفويض** فمن صفته انه غير لازم في حق المراة
حتى تملك رده صريحا ودلالة لما ذكرنا ان جعل الامر بيدها
تخيير لها بين ان تختار نفسها وبين ان تختار زوجها والتخيير ينافي
اللزوم **ومن صفته** انه اذا خرج الامر من يدها لا يعود الامر
الى يدها بذلك الجعل ابدا وليس لها ان تختار الا مرة واحدة لان
قوله امرك بيدك لا يقتضي التكرار الا اذا اقترن به ما يقتضي التكرار

بان

بان قال امرك بيدك كلما شئت فيصير الامر بيدها في ذلك المجلس وغيره
ولها ان تطلق نفسها في كل مجلس تطليقة واحدة حتى تبين بثلاث لان كلمة كلما
تقتضي تكرار الافعال **قال الله تعالى** كلما نضجت جلودهم بدلناهم جلودا
غيرها **وقال تعالى** كلما اوقدوا نارا للحرب اطفاها الله فيقتضي تكرار
التمليك عند تكرار المشية الا انها لا تملك ان تطلق نفسها في كل مجلس
الا تطليقة واحدة لانه يصير قائلا لها في كل مجلس امرك بيدك فاذا
اختارت فقد انتهى موجب ذلك التمليك ثم يتجدد لها ذلك الملك
بتمليك اخر في مجلس اخر عند مشية اخرى الى ان تستوفي ثلاث تطليقات
فان بانت بثلاث تطليقات ثم تزوجت بزوج اخر وعادت الى الزوج
الاول فلا خيار لها لانها انما تملك تطليق نفسها بتمليك الزوج والزوج
انما ملكها ما كانت تملكه بنفسه وهو انما كان يملك طلقات ذلك
الملك الباقية لا طلقات ملك لم يوجد فما لم يملكه بنفسه كيف
يملكه لغيره وان بانت بواحدة او ثنتين فتزوجت بزوج اخر ثم
عادت اليه فلها ان توقع الطلاق مرة بعد اخرى حتى تستوفي الثلاث
في قول ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد وهو قول الشافعي رحمه الله
بناء على ان الزوج الثاني هل يهدم ما دون الثلاث من الطلقات
ام لا وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم بخلاف ما اذا قال لها امرك
بيدك اذا شئت او اذا ما شئت او متى ما شئت او متى شئت
ان لها الخيار في المجلس وغيره لكنها لا تملك ان تختار الا مرة واحدة
فاذا اختارت مرة لا يتكرر لها الخيار في ذلك لان اذا ومتى لا تفيد
التكرار وانما تفيد مطلق الوقت كانه قال لها اختاري في اي
وقت شئت فكان لها الخيار في المجلس لكنها لكن مرة واحدة
فاذا اختارت مرة انتهى موجب التفويض بخلاف الفصل الاول
لان كلما تقتضي تكرار الافعال فيتكرر التفويض عند تكرر المشية
واما بيان ما يصلح جوابا بالجعل الامر باليد من الالفاظ وما لا
يصلح وبيان حكمه اذا وجد فالاصل فيه ان كل ما يصلح من الالفاظ
طلاقا من الزوج يصلح طلاقها جوابا من المراة في الجملة بخلافه
الاصل لان التفويض من الزوج تمليك الطلاق منها فما يملكه
بنفسه يملك تمليكه من غيره وما لا فلا هو الاصل **اذا** عرف هذا
فنقول اذا قالت طلقت نفسي او ابنت نفسي يكون جوابا لان
الزوج لو اتى بهذه الالفاظ كان طلاقا وكذا اذا قالت انا منك
باين او انا عليك حرام لان الزوج لو قال لها انت مني باين او انت
علي حرام كان طلاقا وكذا اذا قالت انت مني باين او انت علي حرام

لان الزوج لو قال ذلك كان طلاقا ولو قالت انا بائن ولم تقل منك او قالت
انا حرام ولم تقل عليك فهو جواب لان الزوج لو قال لها انت بائن او انت
حرام ولم يقل مني وعلي كان طلاقا ولو قالت انا بائن لزوجها انت بائن
او انت حرام لم يكن طلاقا ولو قالت انا منك طالق فهو جواب لان الزوج
لو قال لها انا منك طالق لم يكن طلاقا فهو جواب لكن انت مني طالق كان
طلاقا وكذا لو قالت لزوجها انا طالق ولم تقل منك لان الزوج لو قال
لها انت طالق ولم يقل مني كان طلاقا ولو قالت لزوجها انت مني طالق
لم يكن جوابا لان الزوج لو قال لها انا منك طالق لم يكن طلاقا عندنا
خلافا للشافعي ولو قالت اخترت نفسي كان جوابا وان لم يكن هذا
اللفظ من الزوج طلاقا وانه حكم ثبت شرعا بخلاف القياس بالنص واجماع
الصحابة رضي الله عنهم على ما نذكر **واما** الواقع بهذه الالفاظ التي
تصلح جوابا فطلاق واحد بائن عندنا ان كان التفويض مطلقا عن
قرينة الطلاق بان قال لها امرك بيدك ولم ينو الثلاث **اما**
وقوع الطلقة الواحدة فلانه ليس من التفويض ما ينبئ عن العدد
واما كونها بائنة فلان هذه الالفاظ جواب الكناية والكنايات
على اصلنا مبينات ولان قوله امرك بيدك جعل امر نفسها بيدها
فتصير عند اختيارها نفسها مالكة نفسها وانما تصير مالكة نفسها
بالبائن لا بالرجعي وان قرن به ذكر الطلاق بان قال لها امرك بيدك
فاختارت نفسها فهي واحدة تملك الرجعة لانه فوض اليها الصريح
حيث نص عليه وبه تبين ان ما ملكها نفسها وانما ملكها التطليقة
وخيرها بين الفعل والترك عرفنا ذلك بنص كلامه بخلاف ما
اذا اطلق لانه لما اطلق فقد ملكها نفسها ولا تملك الا بالبائن
ولو قال امرك بيدك ونوى الثلاث فطلقت نفسها ثلاثا كان
ثلاثا لانه جعل امرها بيدها مطلقا فيحتمل الواحد ويحتمل الثلاث
فان نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله مطلق الامر فتصح نيته وان
نوى اثنتين فهي واحدة عند اصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم
خلافا لزفر رحمه الله وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم وكذا اذا
قالت طلقت نفسي او اخترت ولم تذكر الثلاث فهي ثلاث لانه
جواب تفويض الثلاث فيكون ثلاثا وكذا اذا قالت ابنت نفسي
او حرمت نفسي وغيره لكن من الالفاظ التي تصلح جوابا ولو
قالت طلقت نفسي واحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة
بائنة لانه لما نوى ثلاثا فقد فوض اليها الثلاث وهي اتت بالواحدة
فتقع واحدة كما لو قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت نفسها

واحدة لانه ملكها نفسها ولا تملك نفسها الا بالبائن ولو قالت اخترت نفسي
بواحدة فهي ثلاث فرقا بينه وبين قولها طلقت نفسي واحدة **ووجه**
الفرق ان معنى قولها بواحدة اي بمرة واحدة وهي عبارة عن توحيد
فعل الاختيار على وجه لا يحتاج بعده الى اختيار آخر وانقطاع الفرقة
بينهما بالكلية بحيث لا يبقى بينهما امر بعد ذلك وذلك انما يكون هنا
بالثلاث بخلاف قولها طلقت نفسي واحدة لانها جعلت الواحدة هنا
صفة المختار وهو الطلاق لا صفة فعل الطلاق فهو الفرق بين
الفصلين **فصل واما** قوله اختاري فالكلام فيه يقع فيما
ذكرنا من المواضع في الامر باليد والجواب فيه كالجواب في الامر
باليد في جميع ما وصفنا لان كل واحد منهما تمليك الطلاق من المراة
وتخييرها بين ان تختار نفسها او زوجها الا انهما يختلفان في شيئين
احدهما ان الزوج اذا نوى الثلاث بقوله امرك بيدك يصح وفي
قوله اختاري لا يصح نية الثلاث **والثاني** ان قوله اختاري لا بد
من ذكر النفس في احد الكلامين اما في تفويض الزوج واما في جواب
المراة ليصلح جوابا ويقع الطلاق بان يقول لها اختاري نفسك فتقول
اخترت او يقول لها اختاري فتقول اخترت نفسي او ذكر الطلاق في
كلام الزوج او في كلام المراة بان يقول لها اختاري الطلاق فتقول
اخترت او يقول لها اختاري فتقول اخترت الطلاق او ذكر ما يدل
على الطلاق تكرار التخيير من الزوج بان يقول لها اختاري
اختاري فتقول اخترت او ذكر الاختيارة في كلام الزوج او في كلام
المراة بان يقول الزوج اختاري اختيارة فتقول المراة اخترت
او يقول لها اختاري فتقول اخترت اختيارة وانما كان كذلك
لان القياس في قوله اختاري ان لا يقع به شيء وان اختارت
لانه ليس من الفاظ الطلاق لغة **الا ترى** ان الزوج لا يملك ايقاع
الطلاق بهذا اللفظ فان من قال لامراته اخترتك او اخترت
نفسي لا تطلق فاذا لم يكن ايقاع الطلاق بهذا اللفظ بنفسه فكيف
يملك تفويضه الى غيره الا انه جعل من الفاظ الطلاق شرعا
بالكتاب والسنة والاجماع **اما الكتاب** فقوله تعالى يا ايها
النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها
فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا جميلا الى قوله اجرا عظيما امر
الله تعالى نبيه صلى الله عليه وسلم بتخيير نسائه بين الفراق
والبقاء على النكاح والنبي صلى الله عليه وسلم وشرف وكرم وعظم
خيرهن على ذلك ولو لم تقع الفرقة به لم يكن للامر بالتخيير معنى

وروي عن عائشة رضي الله عنها انها قالت لما امر رسول الله صلى الله عليه
وسلم بتخيير ازواجه بدأ بي فقال يا عائشة اني ذاكر لك امرا فلا عليك
ان لا تعجلي حتى تستأذني ابويك قالت وقد علم ان ابواي لم يكونا يأمراني
بفراقه قالت فقرأ علينا النبي قل لازواجك ان كنتن تردن
الحياة الدنيا وزينتها فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا جميلا
الى قوله تعالى اجرا عظيما فقلت في هذا استأمر ابوي فاني اريد الله
ورسوله والدار الآخرة وفعل سائر ازواجه مثل ما فعلت فدل
انه يوجب الفراق والبقاء على النكاح **واما الاجماع** فانه روي
عن جماعة من الصحابة مثل عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وابن عمر
وجابر وعائشة رضي الله عنهم اجمعين انهم قالوا ان المخيرة اذا اختارت
نفسها في مجلسها وقع الطلاق وكذا اشبهوا ايضا هذا الخيار
بالخيارات الطارئة على النكاح وهي خيار المعتقة وامرأة العنين
وتقع الفرقة بذلك الخيار فكذا هذا وكذا اختلفوا في كيفية
الواقع على ما نذكر وذلك دليل اصل الوقوع اذ الكيفية من باب
الصفة والصفة تستدعي وجود الموصوف فثبت كون هذا اللفظ من
الفاظ الطلاق بالشرع فيتبع مورد الشرع والشرع ورد به مع قرينة
الفراق نصا ودلالة او قرينة النفس فان اختيار الفراق
مضمرة في قوله تعالى ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها مع اختيار
فراق رسول الله صلى الله عليه وسلم وبين ان تخترن الله ورسوله
والدار الآخرة فكن مختارات للطلاق او اخترن الدنيا وكان
اختيارهن الدنيا وزينتها اختيار الفراق رسول الله صلى الله عليه
وسلم اذا لم يكن معه الدنيا وزينتها والصحابة رضوان الله عليهم
اجمعين جعلوا للمخيرة المجلس وقالوا اذا اختارت نفسها في مجلسها
وقع عليها الطلاق عليها فهذا مورد الشرع في هذا اللفظ فيقتصر
حكمه على مورد الشرع فاذا قال لها اختاري فقالت اخترت لا يقع
به شيء لانه ليس في معنى مورد الشرع فبقي الامر فيه على اصل
القياس فلا يصلح جوابا ولان قوله اختاري معناه اختاري اياي
او نفسك فاذا قالت اخترت فلم تأت بالجواب لانها لم تختر
نفسها ولا زوجها فلم يقع به شيء واذا قال لها اختاري نفسك
فينصرف اليه كانها قالت اخترت نفسي وكذا اذا قال لها
اختاري فقالت اخترت نفسي لما ذكرنا ان معنى قوله اختاري
اي اختاري اياي او نفسك وقد اختارت نفسها فقد اتت
بالجواب وكذا لو قالت اختار نفسي يكون جوابا استحسانا

والقياس ان لا يكون جوابا لان قولها اختار يحتمل الحال والاستقبال
فلا يكون جوابا مع الاحتمال **وجه الاستحسان** ان صيغة افعل
موضوعة للحال وانما تستعمل للاستقبال بقرينة سوف والسين
على ما عرف في موضعه وكذا اذا قال لها اختاري اختاري فقالت
اخترت يكون جوابا وان لم يوجد ذكر النفس من الجانبين جميعا لان
تكرار الاختيار دليل ارادة اختيار الطلاق لانه هو الذي
يقبل التعدد كأنه قال اختاري الطلاق فينصرف الجواب اليه
وكذا اذا قال اختاري اختيارة فقالت اخترت فهو جواب لان
قوله اختيارة يفيد معنيين احدهما تأكيد الامر والثاني معنى
التوحيد والتفرد فالتنبيه بما يوجب التفرد يدل على انه اراد
به التخيير فيما يقبل التعدد وهو الطلاق واذا قال لها
اختاري فقالت اخترت اختيارة فهو جواب لانه فوض اليها
اختيار الطلاق ايضا فينصرف الجواب اليه وكذا اذا قال
لها اختاري فقالت اخترت الطلاق لان معنى قوله اختاري
اي اختاري اياي او نفسك فاذا قالت اخترت الطلاق
فقد اختارت نفسها فكان جوابا ولو قال لها اختاري فقالت
اخترت ابي وامي او اهلي او الازواج فالقياس ان لا يكون
جوابا ولا يقع به شيء **وفي الاستحسان** يكون جوابا **وجه
القياس** انه ليس في لفظ الزوج ولا في لفظ المرأة ما يدل
على اختيارها نفسها فلم يصلح جوابا **وجه الاستحسان**
ان في لفظها ما يدل على الطلاق لان المرأة تجد الطلاق تلحق
بابويها واهلها وتختار الازواج عادة فكان اختيارها
هؤلاء دلالة على اختيارها الطلاق فكأنها قالت اخترت
الطلاق **واما** الواقع بهذه الالفاظ فان كان التخيير واحدا
ولم يذكر الثلاث في التخيير فلا يقع الا طلاق واحد وان نوى
الثلاث في التخيير وتكون بائنا عندنا ان كان التفويض مطلقا
عن قرينة الطلاق وقال الشافعي رحمه الله اذا اراد الزوج
بالتخيير الطلاق فاختارت نفسها ونوت الطلاق يقع واحدة
رجعية وهذا مذهبه في الكنايات الامر باليد ايضا **وقد**
اختلفت الصحابة رضي الله عنهم فيمن خير امرأته فاختارت زوجها
او اختارت نفسها فقال بعضهم ان اختارت زوجها لا يقع
شيء وهو قول عمر وابن مسعود وابي الدرداء وزيد بن ثابت رضي الله
عنهم **وروي** عن علي رضي الله عنه انها اذا اختارت زوجها

يقع تطليقة رجعية والترجيح لقول الاولين لما روي عن عائشة رضي الله
عنها انها قالت خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه فلم يعد
ذلك طلاقا وعن مسروق عن عائشة رضي الله عنها انها سالت عن الرجل
يخير امراته يكون طلاقا فقالت قد خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم
اذ كان طلاقا والتخيير اثبات الخيار في الفراق والبقاء على النكاح
واختيارها زوجها دليل الاعراض عن ترك النكاح والاعراض
عن ترك النكاح استبقاء النكاح فكيف يكون طلاقا وان اختارت
نفسها قال بعضهم هي واحدة باينة وهو احدى الروايتين عن علي
رضي الله عنه وقال بعضهم هي واحدة رجعية وقال زيد بن ثابت
اذا اختارت نفسها فهو ثلاث والترجيح لقول من يقول يقع باينا
لا رجعيا ولا ثلاثا اما وقوع البائن فلان الزوج خيرها بين ان
تختار نفسها لنفسها وبين ان تختار نفسها لزوجها فان اختارت
نفسها لنفسها لو كان الواقع رجعيا لم يكن اختيارها نفسها لنفسها
بل لزوجها اذ لزوجها ان يراجعها أبت او شاءت واما عدم
وقوع الثلاث وان وجدت نية الثلاث في التخيير فلما ذكرنا ان
القياس ان لا يقع بالاختيار شيء لانه ليس من الفاظ الطلاق
وانما جعل طلاقا بالشرع ضرورة صحة التخيير وحق الضرورة يصير
مقضيا بالواحدة البائنة وان كان التفويض مقرونا بذكر الطلاق
بان قال لها اختاري الطلاق فقالت اخترت الطلاق فهي واحدة
رجعية لانه لما صرح بالطلاق فقد خيرها بين نفسها بتطليقة
رجعية وبين ترك التطليقة وكذا قوله امرك بيدك وان ذكر
الطلاق في التخيير بان قال لها اختاري ثلاثا فقالت اخترت
يقع الثلاث لان التنصيص على الثلاث دليل ارادة اختيار
الطلاق لانه هو الذي يتعدد فقولها اخترت ينصرف اليه
ويقع الثلاث فان كرر التخيير بان قال لها اختاري اختاري
ونوى بكل واحد منهما الطلاق فقالت اخترت يقع ثنتان
لان كل واحد منهما تخيير تام بنفسه لوجود ركنه وشرطه وهو
النية والثاني لا يصلح تفسيرا الاول لان الشيء لا يفسر بنفسه
ولا يصلح جوابا ايضا ولا علة ولا حكما للاول فيكون كلاما
مبتدا والتكرار دليل ارادة اختيار الطلاق فقولها اخترت
يكون جوابا لهما جميعا والواقع بكل واحدة منها طلاق باين
فيقع تطليقتان اثنتان وكذلك اذا ذكر الثاني بحرف الصلة
بان قال لها اختاري واختاري فاختاري لان الواو والفاء من حروف

العطف

العطف الا ان الفاء قد تذكر في موضع العلة وقد تذكر في موضع الحكم
كما يقال ابشر فقد اتاك الغوث ويقال قد اتاك الغوث فابشر
لكن هاهنا لا يصلح علة ولا حكما فيكون للعطف والمعطوف غير المعطوف
عليه هو الاصل ولو قال لها اختاري اختاري او قال لها اختاري
واختاري واختاري او قال لها اختاري فاختاري فاختاري فقالت
اخترت فهي ثلاث لما قلنا ولو قال لها اختاري اختاري اختاري
فقالت اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة فهي ثلاث في قول
ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يقع واحدة وجه قولهما انها ما اوقعت
الا واحدة فلا يقع الا واحدة لان الوقوع باختيارها ولم يوجد منها
الا اختيار واحد فلا يقع به الزيادة على الواحدة كما اذا قال لها
اختاري ثلاثا فقالت اخترت واحدة ولابي حنيفة رحمه الله تعالى
ان الزوج ملكها الثلاث جملة والثلاث جملة ليس شيء منها اولى
ولا وسطى ولا اخيرة فقولها اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة
يكون لغوا فيبطل تعيينها ويبقى قولها اخترت وانه يصلح جوابا للكل
وعلى هذا الخلاف اذا قال لها اختاري واختاري واختاري فقالت
اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة ولو قال لها اختاري
اختاري اختاري وذكر التخيير بحرف الواو وبحرف الفاء
فقالت قد اخترت اختيارة فهو ثلاث في قولهم جميعا لان معناه
اخترت الكل مرة فيقع الثلاث وان لم يوجد ذكر التفسير من الجانبين
جميعا لان معناه لما ذكرنا ان التكرار من الزوج دليل ارادة
اختيار الطلاق وكذا اذا قالت اخترت الاختيارة او قالت
اخترت مرة او بمرة او دفعة او بدفعة او بواحدة فهو ثلاث لما قلنا
ولو قالت طلقت نفسي واحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي
واحدة باينة لما بينا في الامر باليد ولو قال لها اختاري اختاري
اختاري بالف درهم فقالت اخترت الاولى او الوسطى او
الاخيرة فهو ثلاث وعليها الف في قول ابي حنيفة رحمه الله وعند
ابي يوسف ومحمد لا يقع الا واحدة غير انها اختارت نفسها بالاخيرة
كانت تطليقة واحدة وعليها الف درهم وان اختارت نفسها
بالاولى او الوسطى كانت واحدة ولا شيء عليها والاصل عند ابي
حنيفة رحمه الله ان تعيين الاولى او الوسطى او الاخيرة لغو لانه
ملكها الثلاث جملة والثلاث المملكة جملة ليس لها اولى ولا وسطى
فكان التعيين منها لغوا فيبطل التعيين ويبقى قولها اخترت ولو
قالت اخترت طلقت ثلاثا وعليها الالف كذا هنا والاصل

عندهما ان اختيار الاولى او الوسطى او الاخيرة صحيح ولا يقع الا واحدة
غير انهما يقولان لا يلزمها الا الالف الا اذا اختارت الاخيرة لان كل واحد
من التخييرات تخيير على حدة لانه كلام تام بنفسه ولو لم يذكر معه حرف الجمع
يجعل الكل كلاما واحدا فبقي كل واحد منها تخييرا تاما بنفسه فيعطى كل
واحد منها حكم نفسه والبدل لم يذكر الا في التخيير الاخير الا في الاختيار
فلا يجب الا باختيار الاخير ولو ذكر حرف الواو وحرف الفاء بان
قال لها اختاري واختاري واختاري بالف درهم او قال اختاري
فاختاري فاختاري بالف درهم فقالت اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة
فعند ابي حنيفة رحمه الله لا يختلف الجواب فتطلق ثلاثا وعليها
الف درهم لما ذكرنا **وعندهما** لا يقع الطلاق في هذه الصورة
لانه لما جمع بين التخييرات الثلاث بحرف الجمع جعل الكل كلاما
واحدا ومرادها ان تحرم نفسها عليه بالف درهم ولا يملك هو
التحريم باقل من ذلك كما اذا قال لها طلقي نفسك ثلاثا بالف درهم
فطلقت نفسها واحدة انه لا يقع شيء لما ذكرنا كذا هذا

فصل واما قوله انت طالق ان شئت فهو مثل قوله

ووصفنا

اختاري في جميع ما وصفنا لان كل واحد منهما تمليك الطلاق لكن هنا
رجعي وهناك بائن لان المفوض ههنا صريح وهناك كناية وكذا
اذا قال انت طالق ان احببت او رضيت او هويت او اردت لانه علق
الطلاق بفعل من افعال القلب فكان مثل قوله ان شئت وكذا اذا
قال لها انت طالق حيث شئت او حيثما شئت او اينما شئت فهو
مثل قوله ان شئت لان قوله حيث واين اسم مكان وما صلة فيهما
ولا تعلق للطلاق بالمكان فيلغو ذكرهما لعدم الفائدة ويبقى
ذكر المشيئة فصار كانه قال لها انت طالق ان شئت غير ان لها
ان تطلق نفسها في المجلس ما شاءت واحدة او اثنتين او ثلاثا
لان كلمة كم للعدد وقدر الطلاق هو العدد والعدد هو الواقع
وكذا كلمة ما في مثل هذا الموضع تذكر لبيان العدد وقدر
الطلاق هو العدد والعدد هو الواقع وكذا كلمة ما في مثل
هذا الموضع تذكر لبيان العدد يقال كل من طعامي ما شئت اي
القدر الذي شئت ولو قال لها انت طالق اذا شئت او متى
شئت او متى ما شئت فلها ان تطلق نفسها في اي وقت شاءت
في المجلس او بعده لبعد القيام عنه لما مر وليس لها ان تطلق نفسها
الا واحدة لانه ليس في هذه الالفاظ ما يدل على التكرار على ما مر
بخلاف قوله انت طالق كما شئت فان لها ان تطلق نفسها

واحدة ثم واحدة حتى تطلق نفسها ثلاثا لان المعلق بالمشيئة وان
كان واحدا فهو الثابت بمقتضى قوله طالق وهو الطلاق لكنه علقه
بشرط المشيئة بكلمة كلما وانها تقتضي تكرار الافعال فيتكرر المعلق
بتكرار الشرط واذا وقع الثلاث عند المشيئات المتكررة يبطل
التعليق عند اصحابنا الثلاثة خلافا لزفر رحمه الله حتى لو تزوجت
بزوج آخر ثم عادت الى الزوج الاول فطلقت نفسها لا يقع
شيء وليس لها ان تطلق نفسها ثلاثا في كلمة واحدة لما ذكرنا فيما
تقدم لان المعلق بكل مشيئة والمفوض اليها تطليقة واحدة
وهي الثابتة بمقتضى قوله انت طالق فلا تملك الثلاث ولو قال
لها انت طالق كيف شئت طلقت للحال تطليقة واحدة بقوله انت
طالق في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد لا يقع عليها شيء ما لم
تشأ والحاصل عند ابي حنيفة رحمه الله في قوله انت طالق كيف
شئت لا يتعلق اصل الطلاق بالمشيئة صفة الواقع ويتقيد
مشيئتها بالمجلس **وجه قولهما** ان الكيفية من باب الصفة وقد
علق الوصف بالمشيئة بل المعلق بالمشيئة صفة الواقع وتعليق
المشيئة بالاصل لتعليق الاصل بالمشيئة لا يستحيل وجود الصفة
بدون وجه الموصوف واذا تعلق اصل الطلاق بالمشيئة لا يترك ما لم
توجد المشيئة **وجه قول ابي حنيفة** رحمه الله ان الزوج بقوله
انت طالق كيف شئت اوقع اصل الطلاق للحال وفوض تكييف
الواقع الى مشيئتها لان الكيفية للموجود لا للمعدوم اذ المعدوم
لا يحتمل الكيفية فلا بد من وجوده اصل الطلاق للحال
وفوض تكييف الحال الواقع الى مشيئتها لتختار هي الكيفية ولهذا
قال بعض المحققين في تعليل المسئلة لابي حنيفة ان الزوج كيف هو
المعدوم والمعدوم لا يكيف فلا بد من الوجود ومن ضرورة الوجود
الوقوع ثم اذا شاءت لان الزوج فوض الكيفية اليها وان نوى
الزوج البينونة او الثلاث فان وافقت مشيئتها نية الزوج
بان قالت في مجلسها واحدة بائنة او ثلاثا وقال ذلك نويت
يقع واحدة بائنة او ثلاث لان الزوج لو لم يكن منه نية فقالت
واحدة بائنة او ثلاثا كان الواقع ما شاءت فاذا وافقت مشيئتها
نية الزوج اولى وان خالفت مشيئتها نية الزوج بان قالت
شئت ثلاثا وقال الزوج نويت واحدة بائنة فتصير تلك الطلقة
بائنة لما قلنا وعندهما تقع واحدة لمشيئتها بناء على ان المذهب
عند ابي حنيفة انه اذا قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها

ثلاثا لا يقع شي وعندهما يقع واحدة **وسنذكر** اصل المسئلة في موضعها ان شا الله تعالى ولو قالت شئت واحدة وقال الزوج نويت الثلاث لا يقع بعض المشيئة شي في قولهم جميعا لان المذهب عندهم انه اذا قال طلقي نفسك ثلاثا ان شئت فطلقت نفسها واحدة لا يقع شي لما نذكر في الفصل الذي يليه الا ان عند ابي حنيفة قد وقعت طلقة واحدة بقوله انت طالق حال وجوده وان لم تشا المراة شيا حتى قامت من مجلسها ولا نية للزوج او نوى واحدة فهي واحدة تملك الرجعة في قول ابي حنيفة لانها اقل وهي متيقن بها وعندهما لا يقع شي وان شاءت لخروج الامر من يدها ولو قال انت طالق ان شئت فقالت شئت ان كان كذا فان علقت بشي موجود نحو ما اذا قالت شئت ان كان هكذا فان علقت بشي موجود نحو ما اذا قالت شئت ان كان هذا ليلا او نهارا وان هذا ابي او امي او زوجي او نحو ذلك يقع الطلاق لان هذا تعليق بشرط كاين والتعليق بشرط كاين تنجيز وان علقت بشي غير موجود بان قالت شئت ان شا فلان خرج الامر من يدها حتى لا يقع شي وان شا فلان لانه فوض اليها التخيير وهي اتت بالتعليق والتخيير غير التعليق لان التخيير تطليق والتعليق يمين فلم تات بما فوض اليها واعرضت عنه لاشتغالها واعرضت عنه لاشتغالها بغيره فيبطل التفويض ولو قال لها انت طالق ان شا فلان يتقيد بمجلس علم فلان فاذا شا في مجلس علمه لان هذا تمليك الطلاق وكذلك ان كان غايبا فيتقيد فليتقيد بالمجلس بخلاف ما اذا قال انت طالق ان دخل فلان الدار انه يقع الطلاق اذا وجد الشرط في اي وقت وجد ولا يتقيد بالمجلس لان معناه ايقاع الطلاق في زمان ما بعد الشرط فيقف الوقوع على وقت وجود الشرط ففي اي وقت وجد يقع

فصل واما قوله طلقي نفسك

فهو تمليك عندنا وسوا قيده بالمشيئة او لا ويقتصر على المجلس كقوله انت طالق ان شئت وعند الشافعي رحمه الله هو توكيل ولا يقتصر على المجلس قيده بالمشيئة او لم يقيده **واجمعوا** على ان قوله لاجنبي طلق امراتي توكيل ولا يتقيد بالمجلس ولا يتقيد فصل التوكيل ولو قيده بالمشيئة بان قال له طلق امراتي ان شئت فهو تمليك عند اصحابنا الثلاثة رحمهم الله وعند زفر هو توكيل فوقع الخلاف في موضعين **اما** الكلام مع الشافعي رحمه الله فوجه قوله انه لو اضاف الامر بالتوكيل بالتطليق الى الاجنبي ولم يقيده بالمشيئة كان توكيلا بالاجماع فكذا اذا اضافه الى امراته ولم يقيده

بالمجلس لانه لم يختلف الا الشخص والصيغة لا تختلف باختلاف الشخص وكذا اذا قيد بالمشيئة لان التقييد بالمشيئة والسكوت عنه بمنزلة واحدة لانها تطلق نفسها بمشيئتها واختيارها اذ هي غير مضطرة في ذلك وكان ذكر المشيئة لغوا فكان ملحقا بالعدم فيبقى قوله طلقي نفسك وانه توكيل لما ذكرنا فلا يتقيد بالمجلس فلا يتقيد كما في الاجنبي **ولنا** لبيان قوله لامراته طلقي نفسك تمليك وجوه ثلاثة **احدها** ان المتصرف عن ملك هو الذي يتصرف برايه وتدبيره واختياره والمراد بهذه الصفة وكانت متصرفة عن ملك فكان تفويض التطليق اليها تمليكا بخلاف الاجنبي لانه الرأي والتدبير للزوج والاختيار له وكان اضافة الامر اليه توكيلا لا تمليكا **والثاني** ان المتصرف عن ملك هو الذي يتصرف لنفسه والمتصرف عن توكيل هو الذي يتصرف لغيره والمراة عاملة لنفسها لانها بالتطليق ترفع قيد الغير عن نفسها وكانت متصرفة عن ملك فاما الاجنبي فانه عامل لغيره لا لنفسه لان منفعة عمله عايدة الى غيره فكان متصرفا عن توكيل وامر لا عن ملك **والثالث** ان قوله لامراته طلقي نفسك لا يمكن ان يجعل توكيلا لان الانسان لا يصلح ان يكون وكيلا في حق نفسه فلم يمكن ان يجعل وكيله في تطليق نفسها ويمكن ان يجعل مالكة للطلاق بتمليك الزوج فيتعين حمله على التمليك بخلاف الاجنبي لانه بالتطليق يتصرف في حق الغير والانسان يصلح وكيلا في حق غيره والله الموفق **اما الكلام** مع زفر رحمه الله تعالى فوجه قوله انه لو اطلق الكلام لكان توكيلا فكذا اذا قيده بالمشيئة لما مر ان التقييد والاطلاق فيه على السوا لانه اذا طلق طلق عن مشيئة لا محالة لكونه مختارا في التطليق غير مضطر فيه **ولنا** الفرق بين المطلق والمقيد وهو ان الاجنبي في المطلق يتصرف براي الغير وتدبيره ومشيئته فكان توكيلا لا تمليكا واما في المقيد فانما يتصرف عن راي نفسه وتدبير نفسه ومشيئته وهذا معنى المالكية وهو المتصرف عن مشيئته وهذا فرق واضح بحمد الله تعالى **واما قوله** التقييد بالمشيئة وعدمه سوا لانه متى ما طلق طلق عن مشيئة فممنوع انهما سوا وانه متى طلق طلق عن مشيئته فان المشيئة تذكر ويراد بها اختيار الفعل وتركه وهو المعنى الذي ينفي الغلبة والاضطرار وهو المعنى بقولنا المعاصي بمشيئة الله تعالى فان الله يتولى تخليق افعال العباد والله تعالى غير مغلوب ولا مضطر في فعله وهو التخليق بل هو مختار ويذكر ويراد بها اختيار الايثار يقال ان شئت فعلت كذا وان شئت لم تفعل

اي ان شئت آثرت الفعل على الترك وان شئت آثرت الترك على الفعل
وهو المعنى من قولنا المكره ليس بمختار والمراد من المشيئة المذكورة ههنا
هو اختيار الايثار لا اختيار الفعل وتركه لانا لو حملناه عليه للغا
كلامه ولو حملناه على اختيار الايثار لم يلغ وصيانة كلام العاقل
عن اللغو واجب عند الامكان واختيار الايثار في التمليك لا في التوكيل
لما ذكرنا ان الوكيل يعمل عن راي الموكل وتدبيره وانما يستعير منه
العبارة فقط فكان الايثار من الموكل لا من الوكيل فاما الوكيل المملك
فانما يعمل برأي نفسه وتدبيره وايثاره لا بالمملك فكان التقييد ه
بالمشيئة مفيدا **والاصل** ان التوكيل في اللغة هو الانابة والتفويض
هو التسليم بالكلية لذلك سمي مبحثنا الاول توكيلا والثاني ه
تفويضا واذا ثبت ان المقيد بالمشيئة تمليك والمطلق توكيل ه
فالتمليك يقتصر على المجلس لما ذكرنا ان المملك انما يملك بشرط الجواب
في المجلس لانه انما يملك الخطاب وكل مخلوق خاطب غيره يطلب جواب
خطابه في المجلس ولا يملك نهيها عنه لما مر والتوكيل لا يقتصر على
المجلس لان الوكيل لا يملكه يمكنه القيام بما وكل بتحصيله في المجلس
ظاهرا او غالبا لان التوكيل في الغالب يكون بشيء لا بحضرة الموكل
ويفعل في حال غيبته لانه اذا كان حاضرا يستغني بعبارة نفسه
عن استعارة عبارة غيره فلو تقيد التوكيل بالمجلس لخلا عن العاقبة
الحميدة فيكون سفها ويملك نهيه عنه لانه وكيل فيملك عزله ه
ولو اراد بقوله طلقي نفسك ثلاثا فقد صار الثلاث بيدها لان
معنى قوله اياها طلقي اي حصلي طلاقا والمصدر يحتمل العموم ه
والخصوص لانه اسم جنس فاذا نوى به الثلاث فقد نوى ما يحتمله كلامه
فصحت نيته ولو اراد به الثنتين لا يصح لان لفظ المفرد لفظ وحدان
والاثنان عدد لا يوجد فيه اصلا على ما بينا فيما تقدم وان لم
يكن له نية ينصرف الى الواحد لانه متيقن به ولان الامر المطلق
بالفعل الشاهد ينصرف الى ما هو المقصود من ذلك الفعل
في المتعارف الا ترى ان من قال لغلامه اسق هذه الارض وكانت
الارض لا تصلح للزراعة الا بثلاث مرات صار مامورا به ولان
كانت تصلح بالسقي مرة واحدا صار مامورا به ومن قال لغلامه
اضرب هذا الذي استحق مكافي ينصرف الى ضرب يقع به التاديب
عادة ويحصل به المقصود وهو الانزجار ومن اصاب ثوبه نجاسة
فقال لجاريته اغسليه لا تصير مؤتمرة الا بغسل يحصل المقصود
وهو طهارة الثوب دل ان الامر المطلق في الشاهد ينصرف الى ما هو

المقصود

المقصود من الفعل في المتعارف والعرف والمقصود في قوله لامرأته
طلقي نفسك مختلف فقد يقصد به الطلاق المبطل للملك وقد يراد
به الطلاق المبطل لحل المحلية الى سد باب التدارك فاي ذلك نوى
انصرف اليه ثم اذا صحت نية الثلاث فان طلقت نفسها ثلاثا او
ثنتين او واحدة وقع لان الزوج ملكها الثلاث ومالك الثلاث
له ان يوقع الثلاث والواحدة والثنتين سوا بخلاف ما اذا قال
لها انت طالق ان شئت او ان اردت او رضيت او اذا شئت
او متى شئت او اين شئت او حيث شئت ونحو ذلك ونوى الثلاث
انه لا يصح لما مر ان قوله انت طالق صفة للمرأة وانما يثبت الطلاق
اقتضاء ضرورة صحة التسمية بكونها طالقا لغا ولا ضرورة في قبول نية
الثلاث فلا يثبت في حقه ولو قال طلقي نفسك ثلاثا فطلقت نفسها
واحدة يقع كما لو وجه وهذا لانه لما ملكها الثلاث فقد ملكها الواحدة
لانها بعض الثلاث وبعض المملوك يكون مملوكا **ولو قال** لها طلقي نفسك
فطلقت نفسها واحدة ثلاثا لم يقع شيء في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يقع واحدة **وجه قولهما** انها
اتت بما فوض الزوج اليها وزادت على القدر المفوض فيقع القدر المفوض
وتلغو الزيادة كما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي يقع
واحدة رجعية وتلغو صفة البينونة لما قلنا كذا هذا **وجه قول**
ابي حنيفة من وجوه من الفقه **احدها** انه لو وقعت الواحدة اما
ان تقع بطريق الاصالة مقصودا او ضمنا وضرورة وقوع الثلاث
لا سبيل الى الاول لانه لم يوجد ايقاع الواحدة بطريق الاصالة
لانعدام لواحده ووجود لفظ اخر وكذا لم يوجد وقت وقوع ه
الواحدة بطريق الاصالة لان ذلك عند قولها نفسي وسكوتها
عليه وقت وقوعها مع الثلاث عند قولها ثلاثا ولا وجه
الى الثاني لانها لم تملك الثلاث اذ الزوج لم يملكها الثلاث فلم تملك
ايقاع الثلاث فلا يقع الثلاث فلا تقع الواحدة ضمنا لوقوع الثلاث
فتعذر القول بالوقوع اصلا بخلاف ما اذا قال لها طلقي نفسك ه
ثلاثا فطلقت نفسها واحدة لان هناك ملكها الثلاث فملكت ايقاع
الثلاث ومالك ايقاع الثلاث يملك ايقاع الواحدة لان بعض ه
المملوك مملوك وههنا بخلافه لما بينا وبخلاف ما اذا قال لها طلقي
نفسك واحدة فقالت طلقت نفسي واحدة واحدة واحدة لان
ثمة وقعت الواحدة بطريق الاصالة لوجود لفظ الواحدة ووقت ه
وقوعها بطريق الاصالة فوقعت واحدة بطريق الاصالة ثم اشتغلت

بغيرها وهي غير مملوكة لها فلغا وبخلاف ما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت
ابنت نفسي لان هناك اوقعت ما فوض اليها بطريق الاصالة لان الابانة
من الفاظ الطلاق لغة على ما نذكر الا انها زادت على العدد
المفوض صفة البينونة فلغت وبقي اصل الطلاق **والثاني**
ان المراة بقولها طلقت نفسي ثلاثا اعرضت عما فوض الزوج اليها
فيبطل التفويض ويخرج الامر من يدها كما اذا اشتغلت بكلام اخر
او قامت عن مجلسها ودلالة انها اعرضت عما فوض اليها انه فوض
اليها الواحدة وهي اتت بالثلاث والواحدة من الثلاث ان لم تكن
غير الثلاث ولا الثلاث غير الواحدة ذاتا لان الواحدة منها والشي
لا يكون غير نفسه لكنها غير الواحدة لفظا وحكما ووقت وقوع اما
اللفظ فان لفظة الواحدة غير وقت وقوع الثلاث لان الواحدة تقع
عند قولها طلقت نفسي والثلاث تقع عند قولها ثلاثا لما ذكرنا فيما
تقدم ان العدد هو الواقع على معنى انه اقترن بذكر الطلاق ذكر عدد
لا يقع الطلاق قبل ذكر العدد ويتعلق الكلام على اخره فصارت المراة
باشتغالها بذكر الثلاث لفظا معرضة عن الواحدة لفظا وحكما ووقت
وقوع لصيرورتها مشتغلة بغير المملوك دليل الاعراض عما ملكت
والاعراض عما ملكت يوجب بطلان التمليك وخروج الامر عن يدها
بخلاف ما اذا قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت نفسها واحدة لانها
هناك ما اعرضت عما فوض اليها لانه فوض اليها الثلاث وتفويض الثلاث
تفويض الواحدة لان التفويض تمليك وتمليك الثلاث تمليك الواحدة
لانها من اجزاء الثلاث وجزء المملوك مملوك فلم تصر باشتغالها بالواحدة
مشتغلة بغير ما ملكت ولا تاركة للمملوك فاما تمليك الجزء فلا يكون
تمليك الكل فافترقا **والثالث** ان الزوج لم يملكها الا الواحدة
المنفردة وما اتت بالواحدة المنفردة فلم تات بما ملكها الزوج
فلا يقع شي كما لو قال لها طلقي نفسك فاعتقت عبده ولا شك ان
الزوج لم يملكها الا الواحدة المنفردة لانه نص على التوحد والتوحد
ينبي عن التفرد في اللغة فكان المفوض اليها طلقة واحدة منفردة
عن غيرها وهي وان اتت بالواحدة باتيانها بالثلاث فما اتت بالواحدة
المنفردة لانها اتت بثلاث مجتمعة والثلاث المجتمعة لا يوجد منها واحدة
منفردة لما فيها من الاستحالة لتضاد بين الاجتماع والافتراق
فلم تات بما فوض اليها فلا يقع شي بخلاف ما اذا قال لها طلقي نفسك
ثلاثا فطلقت نفسها واحدة لانها هناك اتت بما فوض اليها لكنها زادت
على العدد المفوض لانه فوض اليها الثلاث مطلقا عن صفة الاجتماع

و

والافتراق **الا ترى** انها لو طلقت نفسها ثلاثا متفرقة وقعن كما لو طلقت
نفسها ثلاثا مجتمعة ولو كان المفوض اليها الثلاث المجتمعة لما ملكت ايقاع
الثلاث المتفرقة فاذا صارت الثلاث مطلقا مملوكة لها مجتمعة او متفرقة
صارت كل واحدة من الطلقات الثلاث مملوكة لها متفردة كانت او
مجتمعة فاذا طلقت نفسها واحدة فقد اتت بالمملوك ضرورة وهو الجواب
عما اذا قال لها طلقي نفسك واحدة فقالت طلقت نفسي واحدة واحدة
لانها اتت بالمفوضة وزيادة فيقع القدر المفوض وتلغو الزيادة
وههنا ما اتت بالمفوض اليها اصلا وراسا وهو الفرق ولا يلزم
ما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي لان هناك ايضا
اتت بالمفوض اليها وزيادة لان الزوج فوض اليها اصل الطلاق
وهي اتت بالاصل والوصف لان الابانة من الفاظ الطلاق على
ما نذكر فلغا الوصف وهي وصف البينونة وبقي الاصل وهو
صريح الطلاق فتقع رجعية واحدة رجعية وذكر القدوري
عن ابي يوسف رحمه الله في هذه المسئلة ان قياس قول ابي حنيفة
ان لا يقع شي وعلى هذا الخلاف الذي ذكرنا اذا قال لها طلقي نفسك
واحدة ان شيت فطلقت نفسها ثلاثا ولو قال لها طلقي نفسك
ثلاثا ان شيت فطلقت نفسها واحدة او ثنتين لا يقع شي في قولهم
جميعا لانه ملكها الثلاث بشرط مشيتها الثلاث فاذا شاءت
ما دون الثلاث لم يملك الثلاث لوجود بعض شرط الملك والحكم
المعلق بشرط لا يثبت عند وجود بعض الشرط ولو قال لها طلقي
نفسك من ثلاث ما شيت فلها ان تطلق نفسها واحدة وثنتين
وليس لها ان تطلق نفسها ثلاثا في قول ابي حنيفة رحمه الله
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تطلق نفسها ثلاثا ان شاءت
وجه قولهما ان كلمة من في مثل هذا الموضع تذكر لبيان
الجنس فان من قال لغيره كل من هذا الرغيف ما شيت كان له
ان ياكل الرغيف **وجه قول ابي حنيفة** رحمه الله ان كلمة ما عامة
وكلمة من للتبعيض حقيقة فلا بد من اعتبار المعنيين جميعا وذلك
في ان يصير المفوض بعض من الثلث له عموم وذلك اثنان
فيملك وهو اثنتان وفي مسئلة الرغيف صرفت كلمة من عن
حقيقتها الى الجنس بدلالة الحال وهو ان الاصل في الطعام
هو السماح دون الشح خصوصا في حق من قدم اليه ولو قال
لها طلقي نفسك ان شيت فقالت شيت لا يقع الطلاق ولو قال
لها طلقي نفسك ان شيت فقالت شيت لا يقع الطلاق ولو

فان لها انت طالق ان شئت يقع لان في الاول امرها بالتطليق فما لم تطلق
لا يقع الطلاق ومشيئة التطليق لا يكون تطليقا وفي الفصل الثاني
علق طلاقها بمشيئتها وقد شاءت ولو قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت
نفسي طلقت واحدة يملك الرجعة وان قالت قد اخترت نفسي لم
تطلق. **ووجه الفرق** ان قولها ابنت من الفاظ الطلاق لان
الابانة قطع الوصلة لغة والطلاق رفع القيد لغة الا ان عمل
صريح الطلاق يتاخر شرعا في المدخول بها الى ما بعد انقضاء العدة
فكان بين اللفظين موافقة من حيث الاصل فاذا قالت ابنت
نفسي فقد اتت بالاصل وزادت صفة البينونة فتلغو الصفة
ويبقى الاصل بخلاف قولها اخترت لان الاختيار ليس من الفاظ
الطلاق لغة بدليل انه لو قال لامراته اخترتك او اخترت نفسي
لا يقع الطلاق وكذا اذا قالت المراة طلقت نفسي او ابنت نفسي
يتوقف على اجازة الزوج ولو قالت اخترت نفسي لا يتوقف على اجازته
بل يبطل الا انه جعل من الفاظ الطلاق شرعا بالنص واجماع
الصحابة رضوان الله عليهم عند خروجه جوابا للتخيير وما
في معناه وهو الامر باليد فلا يكون جوابا في غيره فيلغو
وحكى ابو الحسن احمد بن محمد القدوري في قول ابي يوسف رحمه الله
فقال قال ابو يوسف اذا قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت
نفسي لم يقع شيء على قياس قول ابي حنيفة ووقع عندهما تطليقة
رجعية كانها قالت ابنت نفسي بتطليقة ولم يذكر خلاف ابي حنيفة
في الجامع الصغير **ووجه الفرق** له بين هذه المسئلة وبين
قوله طلقي نفسك واحدة على نحو ما بينا ولو قال لها طلقي
نفسك تطليقة رجعية فطلقت بائنة او قال لها طلقي نفسك
تطليقة بائنة فطلقت رجعية يقع ما امر به الزوج لا ما اتت به
لانها انما تملك تطليق نفسها بتمليك الزوج فتملك ما ملكها
الزوج وما اتت به موافق لما ملكها الزوج من حيث الاصل
لان كل واحد منهما من الفاظ الطلاق وانما المخالفة من حيث
الوصف فاذا وقع الاصل منها استتبع الوصف المملوك عليه
فيقع ما فوض اليها **فصل واما الرسالة فهي**
ان يبعث الزوج طلاق امراته الغائبة على يد انسان فيذهب
الرسول اليها ويبلغ الرسالة على وجهها فيقع عليها الطلاق
لان الرسول ينقل كلام المرسل فكان كلامه كلام المرسل فكان كلامه
كلام المرسل **ومنها** عدم الشك من الزوج في الطلاق وهو شرط الحكم

بوقوع

بوقوع الطلاق حتى لو شك فيه لا يحكم بوقوعه حتى لا يجب عليه ان يعتزل
عن امراته لان النكاح كان ثابتا بيقين ووقع الشك في زواله فلا يحكم
بزواله بالشك حتى لا يورث ماله ولا يرث هو ايضا من اقاربه **والاصل**
في نفي اتباع الشك قوله تعالى ولا تقف ما ليس لك به علم وقوله صلى الله
عليه وسلم لما سئل عن الرجل يخيل اليه انه يجد الشيء في الصلاة فقال
لا ينصرف حتى يسمع صوتا او يجد ريحا اعتبر اليقين والغى الشك ثم شك
الزوج لا يخلو اما ان وقع في اصل التطليق اطلقها ام لا او في عدد الطلاق
وقدره انه طلقها واحدة او ثنتين او اكثر او في صفة الطلاق انه طلقها
رجعية او بائنة فان وقع في اصل الطلاق لا يحكم بوقوعه لما قلنا وان
وقع في القدر يحكم بالاقل لانه متيقن به وفي الزيادة شك وان وقع
في الصفة يحكم بالرجعية لانها اضعف الطلاقين فكان متيقنا بها
فصل واما الذي يرجع الى المراة **فمنها** الملك او علقة
من علائقه فلا يصح الطلاق الا في الملك او في علقة من علائق الملك
وهي عدة الطلاق او مضافا الى الملك وجملة الكلام فيه ان الطلاق
لا يخلو اما ان يكون تنجيزا واما ان يكون تعليقا بشرط واما ان
يكون اضافة الى وقت اما التنجيز في غير الملك والعدة فباطل
بان قال لامراة اجنبية انت طالق او طلقتك لانه ابطال الحل
ورفع القيد ولا حل ولا قيد في الاجنبية فلا يتصور ابطاله ورفعه
وقد قال صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح وان كانت
منكوحة الغير وقف على اجازته عندنا خلافا للشافعي والمسئلة
تاتي في كتاب البيوع ان شاء الله تعالى **واما** التعليق بشرط فنوعان
تعليق في الملك وتعليق بالملك اما التعليق في الملك فنوعان حقيقي وحكمي
اما الحقيقي فنحو ان يقول لامراته ان دخلت هذه الدار فانت طالق
وان كلمت فلانا او ان قدم فلان ونحو ذلك وانه صحيح بلا خلاف
لان الملك موجود في الحال فالظاهر بقاؤه الى وقت وجود الشرط
فكان الجزاء غالب الوجود عند وجود الشرط فيحصل ما هو
المقصود من اليمين وهو التقوي على الامتناع من تحصيل الشرط
فصحت اليمين ثم اذا وجد الشرط والمراة في ملكه او في العدة يقع
الطلاق وان لا فلا يقع الطلاق ولكن تنحل اليمين لا الى جزاء حتى
انه لو قال لامراته ان دخلت هذه الدار فانت طالق فدخلت
الدار وهي في ملكه طلقت وكذا اذا ابانها قبل دخول الدار فدخلت
الدار وهي في العدة عندنا لان المبانة يلحقها صريح الطلاق عندنا
وان ابانها قبل دخول الدار وانقضت عدتها ثم دخلت الدار لا يقع

الطلاق لعدم الملك والعدة ولكن يبطل اليمين حتى لو تزوجها ثانيا ودخلت
الدار لا يقع شيء لان المعلق بالشرط يصير عند الشرط كالمنجز والتنجيز في
غير الملك والعدة باطل **فان قيل** أليس ان الصحيح اذا قال لامرأته
ان دخلت الدار فانت طالق ثم جن فدخلت الدار انه يقع طلاقه ولو نجز
في تلك الحالة لا يقع **فالجواب** من وجهين **احدهما** ان التطليق كلامه
السابق عند الشرط فيعتبر الاهلية وقت وجوده وقد وجدت **والثاني**
انا ان اعتبرناه تنجيزا حكما وتقديرا والمجنون من اهل ان يقع الطلاق ه
على امرأته بطريق الحكم فان العنين اذا اجل فمضت المدة وقد جب
يفرق القاضي بينهما ويكون ذلك طلاقا فاطرد الكلام بحمد الله تعالى
ولو ابانها قبل دخول الدار ولم يدخل الدار حتى تزوجها ثم دخلت
يقع الطلاق لان اليمين لم يبطل بالابانة لانه يتصور عود الملك ه
فما فات الجزاء على وجه لا يتصور عوده ولو قال لامرأته ان دخلت هذه
الدار فانت طالق ثلاثا فطلقها واحدة او اثنتين قبل دخول الدار
فتزوجت بزوج آخر ودخل بها ثم عادت الى الزوج الاول فدخلت
الدار طلقت ثلاثا في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد
رحمه الله هي طالق ما بقي من الطلقات الثلاث شيء **واصل** هذه
المسئلة ان من طلق امرأته واحدة او اثنتين ثم تزوجت بزوج آخر
ودخل بها وعادت الى الاول انها تعود اليه بثلاث تطليقات ه
في قولهما وفي قول محمد تعود بما بقي وهو قول زفر رحمه الله ولقب المسئلة
ان من طلق امرأته واحدة او اثنتين ان الزوج الثاني هل يهدم الطلقة
والتطليقتين عندهما يهدم وعند محمد لا يهدم **والمسئلة** مختلفة
بين الصحابة رضي الله عنهم **روي** عن علي وعبد الله بن مسعود وعبد الله
بن عباس وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم مثل مذهب ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله **وروي** عن عمر وابي بن كعب وعمران بن حصين
رضي الله عنهم مثل مذهب محمد وزفر **واحتجا** بقوله تعالى الطلاق
مرتان الى قوله فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره
حرم المطلقة الثلاث مطلقا من غير فصل بينما اذا تخللت اصابة
الزوج الثاني الثلاث وبينما اذا لم تتخللها وهذه مطلقة الثلاث
حقيقة والطلقة الثالثة هي الطلقة التي سبقها طلقتان فدخلت
تحت النص ولان الزوج الثاني جعل في الشرع منهيا للحرمة ه
لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ه
وحتى كلمة غاية وغاية الحرمة لا تتصور قبل وجود الحرمة والحرمة
لم تثبت قبل وجود الطلقات الثلاث فلم يكن الزوج الثاني منهيا

المحرمة فيلحق بالعدم **وجه قول ابي حنيفة** وابي يوسف النصوص والمعقول
اما النصوص فالعمومات الواردة نحو قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم
من النساء وقوله وانكحوا الايامى منكم وقوله صلى الله عليه وسلم تزوجوا
ولا تطلقوا فان الطلاق يهتز له عرش الرحمن فهذه النصوص وامثالها
تقتضي جواز النكاح من غير فصل بين ان تكون المرأة مطلقة اولا ه
وبين ان تكون مطلقة ثلاثا تخللها اصابة الزوج الثاني او لا الا
ان المطلقة الثلاث التي لم يتخللها اصابة الزوج الثاني خصت عن النصوص
فبقي ما وراءها تحتها **واما المعقول** فمن وجهين **احدهما**
ان النكاح مندوب اليه ومسنون وعقد مصلحة لتضمنه مصالح الدين
والدنيا فلا يجوز ان يمنع عنه لانه يؤدي الى التناقض لان قطع المصلحة
مفسدة والشريعة منزهة عن التناقض الا انه قد يخرج من ان يكون
مصلحة بمخالفة الاخلاق ومباينة الطباع او غير ذلك من المعاني
ويقع التباين عن استيفاء المصالح من هذه المرأة فشرع الطلاق
لاستيفاء المصالح المطلوبة من النكاح من زوجة اخرى الا ان
خروج النكاح من ان يكون مصلحة لا يعرف الا بالتأمل والتجربة
ولهذا فوض الطلاق الى الزوج لاختصاصه بكمال الرأي والعقل
للتأمل فاذا طلقها ثلاثا على ظن المخالفة ثم مال قلبه اليها حتى تزوجها
بعد اصابة الزوج الثاني الذي هو في غاية النفار في طباع الفحل
ونهاية المنع دل ان طريق الموافقة بينهما قائم وانه اخطأ في التجربة
وقصر في التأمل فبقي النكاح مصلحة لقيام الموافقة بينهما فلا يجوز ه
القول بحرمته كما في ابتداء النكاح بل اولى لان ثمه لم يوجد الا دليل
اصل الموافقة وههنا وجد دليل كمال الموافقة وهو الميل اليها
مع وجود ما هو النهاية في النفرة لما حل نكاحها في الابتداء لتحقق
المقاصد فبعد اصابة الزوج الثاني بعد الطلقات الثلاث ه
اولى وهذا المعنى لا يوجب التفرقة بين اصابة الزوج الثاني
بعد الطلقات الثلاث وانقضاء عدتها حل جديد والحل الجديد
لا يزول الا بثلاث تطليقات كما في ابتداء النكاح **والدليل** على
ان هذا حل جديد ان الحل الاول قد زال حقيقة لانه عرض
لا يتصور بقاؤه الا انه اذا لم يتخلل بين الحلين حرمة يجعل كالدائم
بتجدد امثاله فيكون كشيء واحد فاذا تخلل الثاني حلا جديدا
والحل الجديد لا يزول الا بثلاث تطليقات كما في ابتداء النكاح واما
قوله تعالى فان طلقها **فنقول** هذه الاية تتناول طلقة ه
ثالثة مسبوقة بطلقتين بلا فصل لان الفاء للتعقيب بلا فصل

واصابة الزوج الثاني هٰهنا حاصلة فلا يتناولها او نحمل الاية على ما اذا
لم يدخل بها الزوج الثاني حتى طلقها وتزوجها الاول وطلقها واحده
توفيقا بين الدلايل **واما قوله** بان الشرع جعل اصابة الزوج الثاني
غاية الحرمة **فنقول** كون الاصابة غاية للحرمة يقتضي انتها الحرمة عند
الاصابة اما لا يقتضي ثبوت الحل عند عدم الاصابة وقد بينا انه
ثبت حل جديد بعد الاصابة ولو قال لامراته ان دخلت الدار فانت
طالق ثلاثا فطلقها ثلاثا قبل دخول الدار وتزوجت بزوج اخر
ودخل بها ثم عادت الى الاول فدخلت الدار لا يقع عليها شي عند
علمائنا الثلاثة رضي الله عنهم وعند زفر رحمه الله يقع عليها ثلاث
تطليقات **وجه قوله** ان المعلق طلقات مطلقة لا مقيدة
بالحل القايم ان بطل بالتنجيز فقد وجد حل اخر فكان التعليق باقيا وقد
وجد الملك عند وجود الشرط فيترك المعلق كما اذا قال لامراته
ان دخلت هذه الدار فانت علي كظهر امي ثم طلقها ثلاثا قبل
الدخول يبقى تعليق الظهار بالدخول حتى لو تزوجت بزوج اخر ثم
عادت الى الاول فدخلت الدار يصير مظاهرا لما ذكرنا كذا هذا
ولنا ان المعلق طلقات الحل القايم للحال وقد بطل على وجه
لا يتصور عوده فلا يتصور الطلاق المبطل للحل القايم عند وجود الشرط
فتبقى اليمين كما اذا صار الشرط بحال لا يتصور عوده بان جعل الدار
بستانا او حماما **والدليل** على ان المعلق طلقات هذا الحل القايم ان
المعلق طلقات مانع من تحصيل الشرط لان الغرض من مثل هذه
اليمين التقوى على الامتناع من تحصيل الشرط والمنع لا يحصل الا
بكونه غالب الوجود عند وجود الشرط وذلك هو الحل القايم للحال
لانه موجود للحال فالظاهر بقاوه فيصلح مانعا والذي يحدث
بعد اصابة الزوج الثاني عدم للحال فالظاهر بقاوه على العدم
فكان غالب العدم عند وجود الشرط فلا يصلح طلاقا مانعا
فلا يكون معلقا بالشرط ما لا يكون معلقا به **واما** قول الحالف
اطلق فنعم لكنه اراد به المقيد عرفنا ذلك بدلالة الغرض المطلوب
من التصرف وهو التقوي على الامتناع وذلك لا يحصل الا
بطلقات هذا الحل فيتقيد بها **واما** مسئلة الظهار ففيها
اختلاف الرواية **روى** ابو طاهر الدباس عن اصحابنا انه يبطل
الظهار بتنجيز الثلاث فلا يصير مظاهرا عند دخول الدار **ثم**
ما ذكرنا من اعتبار الملك او العدة لوقوع الطلاق في التعليق
في الملك بشرط واحد فان كان بشرطين هل يشترط قيام الملك

او

او العدة عند وجود الشرطين جميعا قال اصحابنا الثلاثة لا يشترط
بل الشرط قيام الملك عند وجود احد الشرطين **وصورة المسئلة**
اذا قال لامراته ان كلمت زيدا وعمرا فانت طالق فطلقها وانقضت عدتها
فكلمت زيدا ثم تزوجها فكلمت عمرا طلقت عندنا وعند زفر لا تطلق وان
كان الكلام الاول في الملك والثاني في غير الملك بان كلمت زيدا وهي
في ملكه ثم طلقها وانقضت عدتها ثم كلمت عمرا لا يقع الطلاق
بالاتفاق **وجه قوله** زفر رحمه الله ان الحالف جعل كلام زيد وعمرو
جميعا شرطا لوقوع الطلاق ووجود جميع الشرط شرط لنزول
الجزاء ووقت نزول الجزاء هو وقت **الا ترى** انها اذا كلمت احدهما
دون الاخر لا يقع الطلاق وكذا اذا كلمت احدهما في غير الملك
فذاك ملحق بالعدم كما اذا وجد الشرطان جميعا في غير الملك
ولنا ان الملك عند وجود الشرط يشترط لنزول الجزاء ووقت
نزول الجزاء هو وقت وجود الشرط الاخير فيشترط قيام الملك
عنده لا غير وهذا لان الملك انما يشترط اما لصحة التعليق
او لثبوت الحكم وهو ترك المعلق والملك قايم في الوقتين
جميعا فاما وقت وجود الشرط الاول فليس وقت التعليق
ولا وقت نزول الجزاء فلا معنى لاشتراط الملك عنده ونظير هذا
الاختلاف في كتاب الزكاة ان شرط وجوب الزكاة عنده ان شرط
وجوب الزكاة كمال النصاب في طرفي الحول ونقصانه في اثنا
الحول لا يمنع الوجوب عندنا وعنده يشترط الكمال من اول الحول
الى اخره ولو قال لامراته ان دخلت الدار فانت طالق ان كلمت
فلانا يشترط قيام الملك عند وجود الشرط الاول وهو الدخول
لانه جعل الدخول شرطا لانعقاد اليمين كانه قال لها عند الدخول
ان كلمت فلانا فانت طالق واليمين لا ينعقد الا في الملك او
مضافة الى الملك فان كانت في ملكه عند دخول الدار صحت
اليمين المتعلقة بالشرط وهو الكلام فاذا كلمت يقع الطلاق
وان لم يكن يقع الطلاق في ملكه عند الدخول بان طلقها وانقضت
وانقضت عدتها ثم دخلت الدار لم يصح التعليق لعدم الملك والعدة
فلا يقع الطلاق وان كلمت وان طلقها بعد الدخول بها قبل دخول
الدار ثم دخلت الدار وهي في العدة ثم كلمت فلانا وهي في العدة
لان المعتدة يلحقها صريح الطلاق تنجيزا فيصح تعليق طلاقها
ايضا في حال قيام العدة كالزوجة واذا صح التعليق ووجد
الشرط شرطه في الملك او في العدة تنزل المعلق ولو قال لامراته

انت طالق ان شئت فهذا وقوله انت طالق ان دخلت الدار سواء فهذا وقوله
انت طالق ان دخلت الدار وان كلمت فلانا سواء من حيث انه يقف وقوع
الطلاق على مشيئتها كما يقف على دخولها وكلامها الا ان ذلك تعليق بالشرط
وهذا تمليك كقوله امرك بيدك واختاري ولهذا اقتصر على المجلس
ولهذا اقتصر على المجلس ولو حلف لا يحلف لا يحنث لان الحلف بما سوى الله
تعالى شرط وجزاء ومشيئتها ليست بشرط لان شرط الطلاق ما جعل
علما على الطلاق وهو ما يكون دليلا على الطلاق من غير ان يكون
وجود الطلاق به لان ذلك يكون علة لا شرطا ومشيئتها يتعلق
بها وجود الطلاق بل هي تطليق منها وكذلك مشيئة بان قال
لها انت طالق ان شئت انا **الا ترى** انه اذا قال لامرأته
شئت طلاقك طلقت كما اذا قال طلقتك **فان قيل** اليس انه
اذا قال لامرأته انت طالق ان طلقتك كان تعليقا للطلاق
بشرط التطليق حتى لو طلقها يقع المنجز ثم ينزل المعلق والتعليق
ما يحصل به الطلاق ومع هذا يصلح شرطا **فالجواب** ان
التحصيل التخيير يحصل به الطلاق المنجز لا الطلاق المعلق بل الطلاق
المعلق يحصل بغيره فكان التخيير في حق الطلاق المعلق يحصل التغيير
يحصل بغيره فكان التخيير علما محضا فكان شرطا وكذلك اذا
قال لها انت طالق ان هويت او اردت او احببت او رضيت فهو
مثل قوله ان شئت ويتعلق الطلاق بالخبر عن هذه الاشياء لانها
والاصل انه متى علق الطلاق بشيء لا يوقف عليه الا من جهتها
يتعلق باخبارها عنه ومتى علق بشيء يوقف عليه من جهة غيرها
لا يقبل قولها الا ببينة **وعلى هذا** مسائل اذا قال لها ان كنت
تحبيني او تبغضيني فانت طالق فقالت احب او ابغض يقع
الطلاق استحسانا والقياس ان لا يقع **وجه القياس** انه
علق الطلاق بشرط لا يعلم وجوده فاشبه التعليق بمشيئة الله
تعالى **وجه الاستحسان** انه علقه بامر لا يوقف عليه الا من
جهتها فيتعلق باخبارها عنه كانه قال لها ان اخبرتيني عن محبتك
او بغضك اياي فانت طالق ولو نص على ذلك لتعلق بنفس الاخبار
كذا هذا **وعلى هذا** اذا قال لها ان كنت تحبين ان يعذبك الله
بالنار او ان كنت تكرهين الجنة فانت طالق فقالت احب النار او
اكره وقع الطلاق لما قلنا ولو قال لها ان كنت تحبيني بقلبك فانت
طالق فقالت احبك بقلبي وفي قلبها غير ذلك يقع الطلاق في قول
ابي حنيفة وابي يوسف **وقال محمد** رحمه الله لا يقع **وجه قوله** انه لما

قيد المحبة بالقلب فقد علق الطلاق بحقيقة المحبة لا بالخبر عنها فاذا لم يكن
في قلبها محبته لم يوجد الشرط فلا يقع الطلاق **وجه قولهما** ان المحبة
والكراهة لما كانتا من الامور الباطنة التي لا يوقف عليها الا من جهتها علق
الطلاق بنفس الاخبار عنهما دون الحقيقة وقد وجد **وعلى هذا** اذا قال
لها اذا حضت فانت طالق فقالت حضت طلقت حين رأت الدم واستمر
الى ثلاثة ايام لان الحيض لا يوقف عليه الا من قبلها فيقبل قولها في ذلك
واذا استمر الدم الى ثلاثة ايام تبين ان ما رأت كان حيضا من حين وجوده
فوقع الطلاق من ذلك الوقت ولو قال لها اذا حضت حيضة فانت طالق
لا يقع الطلاق ما لم تحض وتطهر لان الحيضة اسم للكامل **الا ترى** الى قوله
صلى الله عليه وسلم في سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن ولا
الحيالى حتى يستبرأن بحيضة ويقع على الكامل حتى يقدر الاستبراء بها
وكمالها بانقضائها من ذلك باتصال جزء من الطهر بها فكان هذا في الحقيقة
تعليق الطلاق بالطهر **ونظيره** اذا قال اذا صمت يوما فانت
طالق وقع على صوم كل اليوم وذلك باول جزء من الليل فكان تعليق
الطلاق بدخول الليل كذا هذا وكذا اذا قال اذا حضت سدس حيضة
او ثلث حيضة لما قلنا وكذا اذا قال لها اذا حضت نصف حيضة فانت
طالق لا تطلق ما لم تحض وتطهر لان نصف حيضة حيضة كاملة فكانه
قال اذا حضت حيضة لما قلنا وكذا اذا قال اذا حضت نصف حيضة
فانت طالق واذا حضت نصفها الاخر فانت طالق لا يقع الطلاق
ما لم تحض وتطهر فاذا حاضت وطهرت يقع تطليقتان لانه علق طلقة
بنصف حيضة كاملة وعلق طلقة اخرى بنصف تلك الحيضة
بعينها وهي حيضة كاملة فكان هذا تعليق طلاقين بحيضة واحدة كاملة
وكمالها بانقضائها واتصال الطهر بها فاذا اتصل بها الطهر طلقت
تطليقتين ولو قال لها انت طالق في حيضك او مع حيضك فحين رأت
الدم تطلق بشرط ان يستمر بها الدم ثلاثة ايام لان كلمة في للظرف
والحيض لا يصلح ظرفا للطلاق فيجعل شرطا فكانه قال انت طالق
اذا حضت وكلمة مع للمقارنة فيقتضي كون الطلاق مقارنا لحيضها
فاذا رأت الدم ثلاثة ايام تبين ان المرئي كان حيضا من حين وجوده
فيقع الطلاق من ذلك الوقت ولو قال انت طالق في حيضتك او مع
حيضتك فما لم تحض وتطهر لا تطلق لان الحيضة اسم للكامل وذلك
باتصال الطهر ولو كانت حائضا في هذه الفصول كلها لا يقع الطلاق
ما لم تطهر من هذه الحيضة وتحيض مرة اخرى لانه جعل الحيض شرطا
لوقوع الطلاق والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود وهو الحيض

ونصف حيضة ثم

الذي يستقبل لا الموجود في الحال فكان هذا تعليق الطلاق بحيض مستدا ولو
قال لها اذا حضت فانت طالق وفلانة معك فقالت حضت ان صدقها الزوج
يقع الطلاق عليهما جميعا وان كذبها يقع الطلاق عليها ولا يقع على صاحبتها
لانها امينة في حق نفسها لا في حق غيرها فيثبت حيضها في حقها لا في حق
صاحبتها ويجوز ان يكون الكلام الواحد مقبولا في حق شخص غير مقبول
في حق شخص اخر كما يجوز ان يكون مقبولا في حق شخص اخر كما يجوز ان يكون
مقبولا وغير مقبول في حق شخص اخر حكمين مختلفين كشهادة الرجال
مع النسا اذا قامت على السرقة انها تقبل في حق المال ولا تقبل في حق
القطع واذا قال اذا حضت فامرأتي الاخرى طالق وعبدي حر فقالت
قد حضت يقع الطلاق والعتاق اذا صدقها الزوج وان كذبها لا يقع
لما ذكرنا ان اقرارها على غيرها غير مقبول لانه بمنزلة الشهادة على
الغير ولو قال اذا ولدت فانت طالق فقالت ولدت لا يقع الطلاق
ما لم يصدقها الزوج او تشهد على الولادة رجلان او رجل وامراتان
في قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد يقع الطلاق اذا شهدت
القابلة على الولادة **وجه قولهما** ان الولادة قد تثبت بشهادة
القابلة حال قيام النكاح بالاجماع ومتى تثبت الولادة يثبت ما يتعلق
بها وهو الطلاق **وجه قول ابي حنيفة** رحمه الله انه شهادة
ضرورية لانها شهادة فرد ثم هو انثى الا انها قبلت حال قيام النكاح
في تعيين الولد وما هو من لوازمه وهو النسب لمكان الضرورة
والطلاق ليس من لوازم الولادة فلا يثبت الولادة في حق الطلاق بهذه
الشهادة ولو قال ان دخلت الدار فانت طالق او ان كلمت فلانا فانت
طالق فقالت كلمت او دخلت لا يقع الطلاق ما لم يصدقها الزوج او تشهد
على ذلك رجلان او رجل وامراتان بالاجماع لان قولها دخلت او كلمت
اقرار على الغير وهو الزوج بابطال حقه فكان شهادة على الغير فلا تقبل
ولو قال لامراتيه اذا حضتما فانتما طالقان **الاصل** في جنس هذه
المسايل ان الزوج متى اضاف الشي الواحد الى امراتين وجعل وجوده
شرطا لوقوع الطلاق عليهما ينظر ان كان يستحيل وجود ذلك الشي منهما
كان شرط وقوع الطلاق عليهما وجوده من احدهما وان كان لا يستحيل
وجوده منهما يشترط وجوده منهما جميعا لوقوع الطلاق عليهما لان
كلام العاقل يجب تصحيحه ما امكن ان امكن تصحيحه بطريق الحقيقة وان لم
يمكن تصحيحه بطريق الحقيقة يصحح بطريق المجاز **اذا عرف هذا فنقول**
اذا قال لامراتين له اذا حضتما حيضة فانتما طالقان او اذا ولدتما ولدا
فانتما طالقان فحاضت احدهما او ولدت احديهما يقع الطلاق عليهما

لان حيضة واحدة وولادة واحدة من امراتين محال فلم ينصرف كلام العاقل
اليه فينصرف الى وجود ذلك من احديهما لان اضافة الفعل الى اثنين
على ارادة وجوده من احدهما متعارف بين اهل اللسان **قال الله**
تعالى في قصة موسى عليه السلام وصاحبه فنسيا حوتهما وانما نسيه
صاحبه وهو فتاه **وقال** تعالى يخرج منهما اللولو والمرجان وانما
يخرج من احدهما وهو البحر المالح دون العذب **وقال** النبي صلى
الله عليه وسلم لمالك بن الحويرث وعمه اذا سافرتما فاذنا واقيما
ومعلوم ان الامر بالتاذين والاقامة كان لاحدهما فكان هذا
تعليق طلاقهما بحيضة احدهما ولو قالت احديهما حضت ان صدقها
الزوج طلقتا جميعا لان حيضها في حقها ثبت باخبارها وفي حق
صاحبتها ثبت بتصديق الزوج وان كذبها طلقت هي ولا تطلق صاحبتها
لان حيضها ثبت في حقها ولم يثبت في حق صاحبتها ولو قالت كل
واحدة منهما قد حضت طلقتا جميعا سوا صدقهما الزوج او كذبهما
اما اذا صدقهما فالامر ظاهر لانه ثبت كل حيضة كل واحدة منهما
في حق صاحبتها لا في حق نفسها وثبوت حيضتها في حق نفسها
تكفي لوقوع الطلاق عليها كما اذا قال لها اذا حضت فانت طالق
وهذه معك فقالت حضت وكذبها الزوج ولو قال اذا حضتما
فانتما طالقان لا يطلقان ما لم يوجد الحيض والولادة
منهما جميعا لانه اضاف الحيض والولادة اليهما ويتصور كل واحد
منهما الحيض والولادة فيتعلق الطلاق بوجود الحيض والولادة
منهما جميعا عملا بالحقيقة عند الامكان ولو قالت كل واحدة
منهما قد حضت ان صدقهما الزوج طلقتا لانه علق طلاقهما بوجود
الحيض منهما جميعا وقد ثبت ذلك بقولهما مع تصديق الزوج
وان كذبهما لا تطلق واحدة منهما لان قول كل واحدة منهما مقبول
في حق نفسها لا في حق صاحبتها فثبت في حق كل واحدة منهما حيضها
لا حيض صاحبتها وحيض كل واحدة منهما بانفراده شطر الشرط
وطلاق كل واحدة منهما معلق بوجود حيضهما جميعا والمعلق
بشرط لا ينزل بوجود بعض الشرط وان صدق احدهما وكذب
الاخرى تطلق المكذبة ولا تطلق المصدقة لان حيض المكذبة ثبت
في حقها باخبارها وحيض المصدقة ثبت في حق المكذبة بالتكذيب
الزوج المكذبة في ثبوت حيضها عند المصدقة فكان الموجود في حق
المصدقة شطر الشرط فلا يقع الطلاق وكذلك اذا قال اذا
قال اذا حضتما حيضتين او اذا ولدتما ولدين فانتما طالقان فهذا

وقوله اذا حضتما او ولدتما سوا فيها لم تحيضا جميعا او تلدا جميعا لا يقع
الطلاق عليهما لان وجود حيضتين منهما او ولادة ولدين منهما يكون لهذا
الطريق وهو ان تختص كل واحد منهما حيضة وتلد كل واحد منهما ولدا ه
وكذا لو قال اذا دخلتما هذه الدار او كلمتما فلانا او لبستما هذا الثوب
او ركبتما هذه الدابة او اكلتما هذا الطعام او شربتما هذا الشراب ه
فما لم يوجد منهما جميعا لا يقع الطلاق لانه يتصور وجوده منهما فيعمل
بحقيقة الكلام بخلاف قوله اذا حضتما حيضة او ولدتما ولدا لان
ذلك محال **ثم** التعليق في الملك كما يصح بشرط الوجود يصح بشرط
العدم لان الشرط علامة محضة والعدم يصلح علما محضا فيصلح شرطا
غير انه وقت نزول المعلق عند انتهاء ذلك الوقت وان اطلق لا ينزل الا
في اخر جزء من اجزاء حياته **بيان ذلك** اذا قال لامراته ان لم ادخل هذه
الدار فانت طالق او قال ان لم ات البصرة فانت طالق لا يقع الطلاق
الا في اخر جزء من اجزاء حياته لانه علق الطلاق بعدم الدخول
والاتيان مطلقا ولا يتحقق ذلك الا في ذلك الوقت **وعلى هذا يخرج**
ما اذا قال لامراته انت طالق ان لم اطلقك انه لا يقع الطلاق عليها
ما لم يتبين الى اخر جزء من اجزاء حياته لانه علق الطلاق بشرط عدم ه
التطليق مطلقا والعدم المطلق لا يتحقق الا في ذلك الجزء ولو قال
انت طالق اذا لم اطلقك او اذا ما لم اطلقك فان اراد باذا ان لا يقع
الطلاق الا في اخر جزء من اجزاء حياته بالاجماع وان نوى به متى يقع
الطلاق اذا فرغ من هذا الكلام وسكت وان لم يكن له نية قال ابو حنيفة
رحمه الله هذه بمنزلة قوله ان وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى
هي بمعنى قوله متى **وجه قولهما** ان اذا للوقت **قال الله تعالى** اذا
الشمس كورت واذا السماء انفطرت واذا السماء انشقت الى غير ذلك
من الايات فكانت في معنى متى ولو قال متى لم اطلقك يقع الطلاق عقيب
الفراغ من هذه اللفظة اذا سكت كذا هذا **والدليل عليه** انه اذا قال
لها انت طالق اذا شئت لا يقتصر على المجلس كما لو قال متى شئت ولو قال
ان شئت يقتصر على المجلس ولو كانت للشرط لاقتصرت المشيئة على المجلس
كما في قوله ان شئت **وجه قول ابي حنيفة** رحمه الله ان هذه الكلمة ه
تذكر ويراد بها الوقت وتذكر ويراد بها الشرط **قال الشاعر**

واستغن ما اغناك ربك بالغنى * واذا تصبك خصاصة فتجمل

الا ترى انه جزم ما بعده فان قال اريد بها الوقت يقع الطلاق كما فرغ من
هذا الكلام وسكت كما في قوله متى وان قال اريد بها الشرط لا يقع الا في اخر جزء من
اجزاء حياته كما في كلمة ان وقع الشك في وقوع الطلاق عند الفراغ منه فلا ه

يقع

يقع مع الشك وانما لا يقتصر على المجلس لانه حصلت المشيئة في يدها بقوله
انت طالق اذا شئت وانها تستعمل للوقت والشرط فان اريد بها الشرط
يبطل بالقيام عن المجلس كما في قوله ان شئت وان اريد بها الوقت لا يبطل
كما في قوله متى شئت فوقع الشك في الطلاق بالقيام عن المجلس فلا يبطل
مع الشك فاطرد كلام ابي حنيفة رحمه الله في المعنى بحمد الله تعالى وعونه
ولو قال لها ان لم ادخل هذه السنة فانت طالق او ان لم اكلم فلانا سنة
فانت طالق فمضت السنة قبل ان يدخلها او يكلمه يقع الطلاق وعلى هذا
يخرج الايلاء بان قال لامراته الحرة والله لا اقربك اربعة اشهر ه
فمضت المدة ولم يقربها انه يقع طلقة بائنة لان الايلاء في الشرع
جعل تعليق الطلاق بشرط عدم الفيء اليها في اربعة اشهر وهو المعني
بالتعليق الحكمي لان الشرع جعل الايلاء في حق احد الحكمين وهو البر
تعليق الطلاق بشرط البر في المدة كانه قال لها ان لم اقربك ه
اربعة اشهر فانت طالق بائن **قال الله تعالى** وان عزموا الطلاق
فان الله سميع عليم فاذا مضت المدة والمراة في ملكه او في العدة
يقع والا فلا كما في التعليق الحقيقي على ما ذكرنا وله حكم اخر وهو
الحنث عند القربان وسنذكره في موضعه ان شاء الله تعالى **واما**
التعليق بالملك فنحو ان يقول لاجنبية ان تزوجتك فانت طالق
وانه صحيح عند اصحابنا الثلاثة حتى لو تزوجها يقع الطلاق ه
وعند الشافعي رحمه الله تعالى لا يصح ولا يقع الطلاق **واحتج**
بقوله صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح والمراد منه التعليق
لان التنجيز مما لا يشكل ولان قوله انت طالق في التعليق بالملك
تطليق بدليل ان الطلاق عند وجود الشرط يقع به اذا لم يوجد كلام اخر
سواه فكان الكلام السابق تطليقا الا انه لم يثبت الحكم للحال لمانع
وهو عدم الشرط والتصرف لا ينعقد تطليقا الا في الملك ولا ملك
ههنا فلا ينعقد **ولنا** ان قوله انت طالق ليس بتطليق للحال
بل هو تطليق عند الشرط على معنى انه لا علم على الانطلاق عند الشرط
فيستدعي قيام الملك عنده لا في الحال والملك عنده موجود عند وجود
الشرط لان الطلاق يقع بعد وجود الشرط **واما الحديث** فنقول
بموجبه ان لا طلاق قبل النكاح وهذا طلاق بعد النكاح لان المتصرف
جعله طلاقا بعد النكاح على معنى انه جعله علما على الانطلاق بعد
النكاح لا ان يجعل منشيا للطلاق بعد النكاح او يبقى الكلام السابق الى
وقت وجود النكاح لان الثاني محال والاول خلاف الحقيقة واضافة ه
الطلاق الى الشرع لا الى الزوج **وقيل** في الجواب عن التعليق بالحديث

ان هذا ليس بطلاق بل هو يمين وتعليق الطلاق بالشرط وقوله التنجيز ة
لا يشكل مسلم لكن بعد ورود الحديث فاما قبله فقد كان مشكلا فانه
روي ان في الجاهلية كان الرجل يطلق اجنبية ويعتقد حرمتها فابطل
الحديث ذلك و**الجواب** الاول احق وادق والله الموفق **وعلى هذا الخلاف**
اذا قال كل امراة اتزوجها فهي طالق فتزوج امراة طلقت عندنا ولو
تزوج تلك المراة ثانيا لا تطلق وكذا هذا في قوله ان تزوجتك لانه
ليس في لفظه ما يوجب التكرار ولو قال لاجنبية كلما تزوجتك فانت
طالق طلقت في كل مرة يتزوجها لان كلمة كل دخلت على العين
وكلمة كلما دخلت على الفعل ولو تزوجها ثلاث مرات وطلقت في
كل مرة فتزوجت بزوج اخر ثم عادت الى الاول فدخلت الدار لا
تطلق عندنا خلافا لزفر لان المعلق هناك طلقات الملك القايمة
القايم المبطلة بالحال القايم وقد بطل ذلك بالثلاث ولم توجد الاضا
الى سبب ملك حادث وحل مستانف فلم يتعلق ما يملك بعد من
الطلقات وههنا قد علق الطلاق بسبب الملك وانه صحيح عندنا
فيصير عند تزوج كل تزوج يوجد منه لامراته قايلا لها انت
طالق سوا كانت هذه التي تكرر عليها طلاقها او غيرها من النساء
وعلى هذا الخلاف الظهار والايلا فان قال لاجنبية ان تزوجتك فانت
علي كظهر امي او قال والله لا اقربك والله اعلم ولو قال لامراته انت طالق
ان كان السما فوقنا او قال انت طالق اذا كان هذا نهارا وان كان هذا في
ليلا وهما في الليل او في النهار يقع الطلاق للحال لان هذا تحقيق وليس
بتعليق بشرط اذ الشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود وهذا موجود
ولو قال ان دخل الجمل في سم الخياط فانت طالق لا يقع الطلاق
لان غرضه منه تحقيق النفي حيث علقه بامر محال واما الاضافة الى
وقت فالزوج لا يخلو اما ان اضاف الطلاق الى الزمان ة
الماضي واما ان اضافه الى الزمان المستقبل فان اضافه الى الزمان
الماضي ينظر ان لم تكن المراة في ملكه في ذلك الوقت لا يقع الطلاق
وان كانت في ملكه يقع الطلاق للحال وتلغو الاضافة والله اعلم
بيانه ما اذا قال لامراته انت طالق قبل ان اتزوجك لا يقع الطلاق
لان تصحيح كلامه بطريق الاخبار ممكن لان المخبر به على ما اخبر لا
يمكن تصحيحه بطريق الانشا الا بابطال الاسناد الى الماضي فكان التصحيح
بطريق الاخبار اولى ولو قال لها انت طالق امس فان كان تزوجها اليوم
لا يقع لما قلنا وان كان تزوجها اول من امس يقع الساعة لانه تعذر
تصحيحه بطريق الاخبار لانعدام المخبر به فيكون كذبا فيصح بطريق الانشا ثم تعذر

تصحيحه

تصحيحه انشا الاضافة لان اسناد الطلاق الموجود للحال الى الزمان ة
الماضي محال فبطلت الاضافة واقتصر الانشا على الحال فيقع الطلاق للحال
ولو قال لاجنبية انت طالق اذا تزوجتك قبل ان اتزوجك ثم تزوجها
وقع الطلاق لانه اوقع الطلاق بعد التزوج ثم اضاف الواقع الى ما قبل
التزوج فوقع الطلاق ولغت الاضافة وكذلك اذا قال انت طالق
قبل ان اتزوجك اذا تزوجتك فتزوجها يقع الطلاق ويلغو قوله
قبل ان اتزوجك ولو قدم ذكر التزوج فقال اذا تزوجتك فانت
طالق قبل ان اتزوجك او قبل ذلك ثم تزوجها يقع الطلاق عند
ابي يوسف رحمه الله وعند محمد لا يقع **وجه قول محمد** رحمه الله
ان المعلق بالشرط يصير كالمنجز عند وجود الشرط فيصير قايلا
عند التزوج انت طالق قبل ان اتزوج ولو نص على ذلك لا يقع
كذا هذا **وجه قول ابي يوسف** رحمه الله انه اوقع الطلاق بعد
التزوج ثم اضاف الواقع الى زمان ما قبل التزوج فيلغو الاضافة
ويبقى الواقع على حاله والله اعلم وان اضاف الزوج الطلاق الى
ما يستقبل من الزمان فان اضافه الى زمان لا ملك له في ذلك ة
الزمان قطعا لم يصح كما لو قال لها انت طالق بعد موتي وكذا اذا
قال لها انت طالق مع موتي وكذا اذا قال لها انت طالق مع موتي او
مع موتك لان معناه بعد موتي او بعد موتك لان الطلاق معلق
بوجود الموت فصار الموت شرطا اذ الجزا يعقب الشرط فكان هذا
ايقاع الطلاق بعد الموت ولا ملك بعد الموت فبطل ولو قال لامراته
وهي امة انت طالق اثنتين مع عتق مولاك فاعتقها مولاها
فان زوجها يملك الرجعة لانه علق طلاقها بعتق مولاها
فصار عتق مولاها شرطا لوقوع الطلاق فيقع بعد تمام الشرط وهي
حرة في ذلك الوقت ولو قال لها اذا جا غد فانت طالق اثنتين وقال
لها المولى اذا جا غد فانت حرة فجا غد طلقت ثنتين ولا تحل له حتى
تنكح زوجا غيره في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد
هذا والاول سوا تملك الرجعة ولا خلاف في ان عدتها ثلاث حيض
وجه قول محمد انه علق الطلاق والعتاق بمجي الغد فكان حال
وقوع الطلاق والعتاق واحدا وهو حال مجي الغد فيقعان معا
والعتق حال وقوعه يكون واقعا لان الشي حال وجوده يكون موجودا
فان الشي في حال قيامه يكون قايما وفي حال سواده يكون اسود
فالطلقتان تصادفانها وهي حرة فلا تثبت الحرمة الغليظة
ولهذا كانت عدتها ثلاث حيض ولهذا لم تثبت الحرمة الغليظة في المسئلة

الاولى كذا هذا **وجه قولهما** ان الطلاق والعتاق لما علقا بمجي الغد
وقعا معا ثم العتق يصادفها وهي امة فكذا الطلاق فتثبت الحرمة
الغليظة بثنتين بخلاف المسئلة الاولى لان ثمه تعلق الطلاق بالعتق
فيقع بعد ثبوت العتق ضرورة على ما بينا بخلاف العدة فان وجوب
العدة تتعلق بالطلاق لان الطلاق يصادفها وهي منكوحة
ولا عدة على المنكوحة فلا يكون وجوبها مقارنا لوقوع الطلاق فكان
عقيب الطلاق ضرورة وهي حرة في تلك الحالة فكانت عدتها عدة
الحرائر والله اعلم فان قال لامرأته انت طالق غدا او رأس الشهر
كذا او في غد صح لوجود الملك وقت الاضافة والظاهر بقاؤه الى
الوقت المضاف اليه فصحت الاضافة ثم اذا جاء غد او رأس الشهر
فان كانت المرأة في ملكه او في العدة في اول جزء من الغد
او الشهر يقع الطلاق والا فلا كما في التعليق **وعلى هذا تخرج**
ما اذا قال لامرأته انت طالق متى لم اطلقك او متى ما لم اطلقك
وسكت انها طلقت لان متى للوقت فقد اضاف الطلاق الى وقت
لا يطلقها فيه وكما فرغ من هذه المقالة وسكت وجد هذا الوقت
فيقع الطلاق وكذا اذا قال لها انت طالق ما لم اطلقك اي في
الوقت الذي لا اطلقك يقال في العرف ما دمت تفعل كذا افعل
كذا اي في الوقت الذي تفعل كذا افعل كذا اي في الوقت الذي
تفعل **وقال الله تعالى** خبرا عن عيسى عليه السلام واوصاني
بالصلاة والزكاة ما دمت حيا اي وقت حياتي فيصير كانه قال
انت طالق في الوقت الذي لا اطلقك كما فرغ وسكت تحقق ذلك
الوقت فيقع الطلاق ولو قال ذلك وطلقها موصولا بان قال لها
انت طالق ما لم اطلقك انت طالق وذكر العبارتين الاخيرتين فهي
طالق هذه التطليقة دون التطليقة الاولى المضافة الى زمان
لا يطلقها فيه عند اصحابنا الثلاثة وكذا لو قال لها انت طالق ثلاثا
ما لم اطلقك انت طالق تقع هذه الطلقة لا غير عندنا وعند زفر
رحمه الله تقع ثلاث تطليقات **وجه قوله** انه اضاف الطلاق الى
وقت لا طلاق فيه وكما فرغ من قوله ما لم اطلقك قبل قوله طالق فوجد
ذلك الوقت فيقع المضاف **ولنا** ان المضاف اليه وقت خال عن الطلاق
ولما قال انت طالق موصولا بالكلام الاول فلم يوجد وقت خال
عن الطلاق لان قوله انت طالق بجملته طلاق لانه كلام واحد
لكونه مبتدأ وخبرا فلم يوجد بين الكلامين وقت لا طلاق فيه فلا يقع
الطلاق المضاف لانعدام المضاف اليه والله اعلم **ولو** قال انت طالق

عدا

غدا او قال عنيت اخر النهار لم يصدق في القضاء بالاجماع ويصدق فيما
بينه وبين الله تعالى ولو قال انت طالق في غد وقال عنيت في اخر النهار
يصدق في القضاء في قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله تعالى لا يصدق في القضاء وانما يصدق فيما بينه وبين الله
تعالى لا غير وان لم يكن له نية يقع في اول جزء من الغد بلا خلاف **وجه
قولهما** ان الغد اسم زمان والزمان اذا قرن بالفعل يصير ظرفا
له سواء اقترن به حرف الظرف وهو حرف في او لم يقترن به فان
قول القائل كتبت يوم الجمعة وقوله كتبت في يوم الجمعة سواء
فكان ذكر حروف الظرف والسكوت عنه بمنزلة واحدة ولو لم
يذكر وقال انت طالق غدا وقال عنيت اخر النهار لم يصدق
في القضاء فكذا لو لم يكن له نية يقع في اول الجزء من الغد
وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان ما كان من الزمان ظرفا للفعل
حقيقة يستوي ان يكون كله ظرفا له يذكر بدون حرف الظرف وما كان
منه ظرفا مجازا وهو ان يكون بعضه ظرفا والاخر ظرف ظرفه
يذكر مع حروف الظرف فلما قال انت طالق غدا بدون حرف
الظرف فقد جعل الغد كله ظرفا للطلاق حقيقة وانما يكون كله
ظرفا للطلاق حقيقة اذا وقع الطلاق في اول جزء منه لانه اذا
وقع في اول جزء منه يبقى حكما وتقديرا فيكون جميع الغد ظرفا
له بعضه حقيقة وبعضه تقديرا اما اذا وقع الطلاق في اخر
النهار لا يكون كل الغد ظرفا له بل يكون ظرف الظرف فاذا
قال عنيت اخر النهار فقد اراد العدول عن الظاهر فيتهم
فيه بالكذب فلا يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين
الله تعالى لانه نوى ما يحتمله كلامه ولما قال لها انت طالق
في غد فلم يجعل الغد كله ظرفا للطلاق حقيقة بل جعله ظرف
الظرف وبين ان الظرف الحقيقي للطلاق هو جزء من الغد
وذلك غير معين فكان التعيين اليه فاذا قال عنيت اخر النهار
فقد عين فيصدق في التعيين لانه نوى حقيقة كلامه **ونظيره**
اذا قال ان صمت في الدهر فعبدي حر فصام ساعة يحنث ولو
قال ان صمت الدهر لا يحنث الا بصوم الابد بالاجماع لما قلنا كذا
هذا الا انه اذا لم ينو شيئا يقع الطلاق في اول جزء من الغد
لان الاجزاء قد تعارضت فترجح الاول منها احتياطا لثبوت الاستحقاق
له من وجه فيقع الطلاق في اول الجزء وقد خرج الجواب عن قولهما
ان دخول حرف الظرف في الغد وعدم الدخول سواء لانا قد

بينا انهما لا يستويان والله اعلم ولو قال لامراته انت طالق اليوم
وغدا يقع الطلاق في اليوم لانه جعل الوقتين جميعا ظرفا لكونها طالقا
وان يكون الوقتان جميعا ظرفا الا عند الوقوع في اولهما لانه لو تاخر
الوقوع الى الغد لكان الظرف احدهما ولو قال انت طالق اليوم غدا
او غدا اليوم يوخذ باول الوقتين الذي تفوه به لانه في الاول اوقع
الطلاق في اليوم ووصف اليوم بانه غد وهو محال فلغا قوله غدا
وبقي قوله اليوم فيقع الطلاق في اليوم وفي الثاني اضاف الطلاق
الى الغد ووصف الغد بانه اليوم وهو محال فلغا قوله اليوم
وبقي قوله غدا فيقع الطلاق في غد ولو قال لها انت طالق متى
شئت او اذا شئت او اذا ما شئت او كلما شئت لا يقع الطلاق
ما لم تشا فاذا شاءت وقع لانه اضاف الطلاق الى وقت مشيتها
ووقت مشيتها هو الزمان الذي وجد فيه مشيتها فاذا شاءت
فقد وجد ذلك الزمان فيقع ولا يقتصر هذا على المجلس بخلاف
قوله ان شئت وما يجري مجراه لان هذا اضافة وذاك تمليك لما
نبين في موضعه ان شاء الله تعالى **وعلى هذا** الاصل يخرج الطلاق
في العدة وجملة الكلام فيه ان المراة لا تخلو اما ان كانت معتدة
من طلاق رجعي يقع الطلاق عليها سواء كان صريحا او كناية لقيام
الملك من كل وجه لان الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولهذا يصح ظهاره
وايلاؤه ويثبت اللعان بينهما **وهذه** الاحكام لا تصح الا في
الملك وان كانت معتدة من طلاق باين او خلع وهي المبانة والمختلعة
فيلحقها صريح الطلاق عند اصحابنا رحمهم الله وقال الشافعي لا يلحقها
وجه قوله ان الطلاق تصرف في الملك بالازالة والملك قد زال
بالخلع والابانة وازالة الزايل محال ولهذا لم يصح الخلع والابانة
ولنا ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة وهذا نص في
الباب ولانها بالخلع والابانة لم تخرج من ان تكون محلا للطلاق
لان حكم الطلاق ان كان ما ينبي عنه اللفظ لغة وهو الانطلاق
والتخلي وزوال القيد فهي محل لذلك لانها مقيدة في حال العدة
لانها ممنوعة عن الخروج والبروز والتزوج بزوج اخر والقيد
هو المنع وان كان ما لا ينبي عنه اللفظ لغة وهو زوال حل
المحلية شرعا فحل المحلية قايم لانه لا يزول الا بالطلقات الثلاث
ولم يوجد فكانت المبانة والمختلعة محلين للطلاق وبه تبين
ان قوله الطلاق تصرف في الملك بالازالة غير سديد لان زوال

الملك

الملك لا ينبي عنه اللفظ لغة ولا يدل عليه شرعا **الا ترى** ان طلاق الرجعي واقع ولا
يزول الملك بالاجماع ولو راجعها لا ينعدم الطلاق بل يبقى اثره في حق زوال
حل المحلية وان انعدم اثره في حق زوال الملك بخلاف الابانة لانها ازالة الملك
والملك دليل **واما الكناية** فهل يلحقها ينظر ان كانت رجعية وهي الالفاظ الثلاث
وهي قوله اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحدة يلحقها في ظاهر الرواية
وروي عن ابي يوسف رحمه الله انه لا يلحقها حتى لو قال لها اعتدي لا يقع شيء
وجه هذه الرواية ان هذه كناية والكناية لا تعمل الا في حال قيام الملك
كسائر الكنايات **وجه ظاهر الرواية** ان الواقع بهذا النوع من الكناية رجعي
فكان في معنى الصريح فيلحق الخلع والابانة في العدة كالصريح وان كانت
باينة كقوله انت باين ونحوه ونوى الطلاق لا يلحقها في ظاهر الرواية
بلا خلاف لان الابانة قطع الوصلة والوصلة منقطعة فلا يتصور قطعها
ثانيا بخلاف الطلاق لانه ازالة القيد وازالة حل المحلية وكل ذلك
قايم ولانه يمكن تصحيح هذا الكلام بطريق الاخبار لان المخبر به على
ما اخبر ولا يمكن تصحيحه بطريق الانشاء لان ابانة المبان محال فيصح
بطريق الاخبار بخلاف صريح الطلاق لانه لا يمكن تصحيحه بطريق
الاخبار لانه يكون كذبا فيصح بطريق الانشاء ولان الابانة تحريم شرعا
وهي محرمة وتحريم المحرم محال وسواء نجز الابانة في حال قيام العدة
او علقها بشرط بان قال لها ان دخلت هذه الدار فانت باين
ونوى الطلاق حتى لو دخلت الدار وهي في العدة لا يقع الطلاق لان
الابانة قطع الوصلة فلا ينعقد الا في حال قيام الوصلة وهو
الملك ولم يوجد فلا ينعقد ولو قال لامراته ان دخلت هذه الدار
فانت باين او حرام ونحو ذلك ثم ابانها او خلعها ثم دخلت الدار وهي في
العدة وقعت عليها تطليقة بالشرط في قول اصحابنا الثلاثة وقال
زفر لا يقع ويبطل التعليق **وجه قوله** ان التعليق بالشرط يصير
تنجيزا عند الشرط تقديرا ولو نجز الابانة عند الشرط لا يقع به شيء
لعدم الملك **ولنا** ان التعليق وقع صحيحا لقيام الملك عند
وجوده من كل وجه فانعقد موجبا للبينونة وزوال الملك عند
وجود الشرط من كل وجه الا ان الابانة الطارية اوجبت زوال الملك
من وجه للحال وبقي من وجه حال قيام العدة لقيام بعض اثار الملك
فخرج التعليق من ان يكون سببا لزوال الملك عند الشرط من كل وجه
لزوال الملك من وجه وفيه تصحيح التصرفين في حق الحكم بقدر
الامكان فكان اولى من تصحيح احدهما وابطال الاخر بخلاف تنجيز
الابانة على المعتدة المبانة وتعليقها انهما لا يصحان لانه لا ملك

وقت وجود التخيير والتعليق قائم من وجه دون وجه فقيامه من وجه لقيام
العدة يوجب الصحة وزواله من وجه يمنع الصحة وما لم يعرف صحته اذا
وقع الشك في صحته لا يصح بالشك بخلاف التعليق في مسئلتنا لانه وقع
صحيحا باليقين لقيام الملك من كل وجه فبتنجيز الابانة المعترضة يقع
الشك في بطلانه فلا يبطل مع الشك فهو الفرق بين الفصلين والله الموفق
ولو آلى منها لم يصح ايلاؤه في حكم البر لان الايلاء في حق احد الحكمين وهو
البر تعليق الابانة شرعا وشرط البر وهو عدم القربان في المدة وقيام
الملك شرط صحة الابانة تنجيزا كان او تعليقا كما في التعليق الحقيقي على
ما مر ولان الطلاق في الايلاء انما يقع عند مضي المدة والمختلعة في
الوطي فلا يصح الايلاء في حق الطلاق ولو آلى من زوجته ثم ابانها
ونوى الطلاق او خلعها قبل مضي اربعة اشهر ثم مضت اربعة اشهر
قبل ان يتزوجها وهي في العدة وقع الطلاق عندنا خلافا لزفر رحمه الله
بنا على ان الابانة الناجزة يلحقها الابانة بتعليق سابق عندنا خلافا
له ولا يصح ظهاره من المبانة والمختلعة لان الظهار تحريم والحرمة
قد ثبتت بالابانة والخلع السابق وتحريم المحرم ممتنع ولو علق الظهار
بشرط في الملك بان قال لامرأته ان دخلت الدار فانت علي كظهر
امي ثم ابانها فدخلت الدار وهي في العدة لا يصير مظاهرا بالاجماع
وهذا حجة زفر رحمه الله **ووجه الفرق** لنا بين الظهار وبين
الكناية الثابتة من وجهين **احدهما** ما ذكرنا ان الظهار يوجب حرمة
موقتة بالكفارة وقد ثبتت الحرمة بالابانة من كل وجه فلا يحتمل
التحريم بالظهار بخلاف الكناية المنجزة لانها توجب زوال الملك من وجه
دون وجه قبل انقضاء العدة فلا يمتنع ثبوت حكم التعليق **والثاني** ان
الظهار يوجب حرمة ترتفع بالكفارة والابانة توجب حرمة لا ترتفع
الا بنكاح جديد فكانت الحرمة الثابتة بالابانة اقوى الحرمتين والثابتة
بالظهار اضعفهما فلا تظهر بمقابلة الاقوى بخلاف تنجيز الكناية وتعليقها
فان كل واحد منهما في ايجاب البينونة وزوال الملك على السواء فيعمل
بهما بالقدر الممكن وفيما قلنا عمل بهما جميعا على ما بينا ولو خيرها في
العدة لا يصح بان قال لها اختاري فاختارت نفسها في العدة حتى لا
يقع شي لان التخيير تمليك والتمليك بلا ملك لا يتصور ولو قال لامرأته
اذا جاء غد فاختاري ثم ابانها فاختارت نفسها في العدة لا يقع بالاجماع
شي لان التخيير تمليك والتمليك بلا ملك لا يتصور ولو قال لامرأته
اذا جاء غد فاختاري ثم ابانها فاختارت نفسها في العدة لا يقع شي
بالاجماع وهذا ايضا حجة زفر رحمه الله **والفرق لنا** بين التخيير وبين

تعليق الكناية الثابتة بشرط انه لما قال لها اذا جاء غد فاختاري فقد
ملكها الطلاق غدا ولما ابانها فقد زال الملك للحال من وجه وبقي من وجه
على ما بينا والملك من وجه لا يكفي للتمليك ويكفي للازالة كما في الاستيلاد
والتدبير المطلق حتى لا يجوز بيع ام الولد والمدبر المطلق ويجوز اعتاقهما
كذا هذا ولان التخيير يعتبر فيه جانب الاختيار لا جانب التخيير
والتعليق يعتبر فيه جانب اليمين لا جانب الشرط بدليل انه لو
شهد شاهدان بالتخيير وشاهدان بالاختيار ثم رجع الشهود
فالضمان على شاهدي الاختيار لا على شاهدي التخيير ومثله
لو شهد شاهدان باليمين وشاهدان بالدخول ثم رجعوا ضمنوا
شهود اليمين لا شهود الدخول واذا كان المعتبر في التخيير هو اختيار
المرأة لا تخيير الطلاق الزوج يعتبر قيام الملك وقت اختيارها
فلم يقع شي ولما كان المعتبر في تخيير التعليق هو اليمين لا الشرط
يعتبر قيام الملك وقت اليمين لا وقت الشرط ولو قذفها بالزنا
لا يلاعن لان اللعان لم يشرع الا بين الزوجين **قال الله تعالى**
والذين يرمون ازواجهم والزوجية قد انقطعت بالابانة والخلع
وكل فرقة توجب حرمة مؤبدة كحرمة المصاهرة والرضاع فان
الطلاق لا يلحقها وان كانت في العدة لان تحريم المحرم لا يتصور
ولان الثابت بالطلاق حرمة موقتة والحرمة المؤبدة اقوى
الحرمتين فلا يظهر الاضعف في مقابلة الاقوى وكذلك لو
اشترى امرأته بعد ما دخل بها لا يلحقها الطلاق لانها ليست
معتدة الا ترى انه يحل له وطيها ولا يحل وطي المعتدة بحال
وكذلك لو قال لمنكوحته وهي امة الغير انت طالق للسنة ثم
اشتراها وجاء وقت السنة لا يقع شي لما ذكرنا انها ليست معتدة
والطلاق المعلق بشرط او المضاف الى وقت لا يقع في غير ملك النكاح
والعدة ولو قال العبد لامرأته وهي حرة انت طالق للسنة ثم
ابانها ثم جاء وقت السنة يقع عليها الطلاق لانها معتدة منه وكذلك
اذا قال الرجل لامرأته وهي امة الغير انت طالق للسنة ثم اشتراها
فاعتقها ثم جاء وقت السنة وقع عليها الطلاق لانها معتدة منه
لظهور حكم العدة بعد الاعتاق واذا ارتد الرجل ولحق بدار الحرب
فطلق المرأة لم يقع على المرأة طلاقه وان كانت في العدة لان العصمة
قد انقطعت بينهما بلحاقه بدار الحرب فلا يقع عليها طلاقه كما لا يقع
بعد انقضاء العدة فان عاد الى دار الاسلام وهي في العدة وقع
طلاقه عليها لان المانع من الطلاق اختلاف الدارين وقد زال

فان ارتدت المراه ولحقت بدار الحرب فطلق المراه لم يقع طلاق الزوج عليها
لان العصمه قد انقطعت بلحاقها فصارت كالمنقضيه العده فان عادت قبل
الحيض لم يقع طلاق الزوج عليها في قول ابي حنيفه رحمه الله وقال ابو يوسف
يقع طلاقه عليها **وجه قول ابي يوسف** ان العده باقيه حقيقه الا
انه لم يظهر حكمها في الحال لمانع وهو اللحاق لاختلاف الدارين فاذا عادت
الى دار الاسلام فقد زال المانع فظهر حكم العده كما في جانب الرجل ٥
وجه قول ابي حنيفه ان المرتده بلحاقها بدار الحرب صارت كالحربيه
الاصليه **الا ترى** انها تسترق كالحربيه فبطلت العده في حقها اصلا
فلا تعود بعودها الى دار الاسلام بخلاف المرتد **وعلى هذا** الا
يخرج عدد الطلاق قبل الدخول انه ان وقع مجتمعا يقع الكل وان وقع
متفرقا لا يقع الا الاول لان محل الايقاع اذا كان مجتمعا فقد صادف الكل
محله وهو الملك فيقع الكل واذا كان متفرقا فقد بانت بالاولى
والثاني والثالث صادفها ولا ملك ولا عده فلا يقع **وبيان هذا**
الاصل في مسايل اذا قال لامراته قبل الدخول انت طالق ثلاثا او قال
انت طالق ثنتين وقع ذلك عند عامة العلما **وقال** الحسن البصري
لا يقع الا واحده ويلغو قوله ثلاثا او ثنتين **وجه قوله** ان انت طالق
كلام تام لكونه مبتدا وخبرا وقد سبق العدد في الذكر فيسبق في الوقوع
فتبين بقوله انت طالق والعدد يصادفها بعد حصول البينونه فيلغوا
كما اذا قال انت طالق وطالق **ولنا** ان الكلام المتام باخره لان
المتكلم ربما تعلق كلامه بشرط او بصفه الى وقت او يلحق به الاستثنا
لحاجته الى ذلك فيتوقف اول الكلام على اخره واذا وقف عليه صار الكل
جمله واحده فيقع الكل جمله واحده ولا يتقدم البعض على البعض
ولهذا لو قال لها انت طالق قبل قوله واحده لم يقع شي لان الواقع
هو العدد وذلك وجد بعد الموت وكذا لو قال لها انت طالق ثلاثا
ان شا الله لا يقع شي لانه توقف اول الكلام على وجود اخره المغير له
فلم يتعلق باوله حكم فلا يقع به شي في حال الحياه ولا يقع بعد الموت
لعدم التعلق عند وجود الاستثنا وعدم المحل ايضا وكذلك
اذا ذكر بعده ما هو صفه له وقع بتلك الصفه كما اذا قال انت
طالق باين او حرام لان الصفه مع الموصوف كلام واحد فلا
ينفصل البعض عن البعض في الوقوع وفايده هذا لا تظهر في التخيير
لان الطلاق قبل الدخول لا يقع الا باينا سوا وصفه بالبينونه
او لم يصفه وانما يظهر في التعليق بان يقول لها انت طالق باين
ان دخلت الدار انه لا يتنجز بل يتعلق بالدخول ولان قوله باين بين

الايقاع والشرط لا يقع فاصلا بينهما لما ذكرنا ان الصفه مع الموصوف
كلام واحد فلا يقع فاصلا بين الايقاع والشرط فلا يمنع التعليق ٥
بالشرط ولو قال لها انت طالق واحده مع واحده او معها واحده
يقع ثنتان لان كلمة مع للمقارنه فقد اوقع الطلاقين معا فيقعان
معا كما لو كانت مدخولا بها وكذا لو قال انت طالق واحده قبلها
واحده او واحده بعد واحده لان هذا ايقاع طلقه واحده للحال
واضافة طلقه اخرى الى الزمان الماضي فيقع في الحال واحده
ولم يصح اضافة الاخرى الى الماضي لما فيه من الاستحاله فيقع
في الحال ولو قال انت طالق واحده قبل واحده او واحده
بعدها واحده يقع واحده لانه اوقع تطليقه واحده واعقبها
بتطليقه اخرى فوقعت الاولى ولغت الثانيه لعدم الملك
والعده ولو كرر لفظ الطلاق فالامر لا يخلو اما ان كرر
بدون حرف العطف واما ان يكون بحرف العطف وكل ذلك
لا يخلو اما ان كرر بدون حرف العطف بخبر او علق ثم ان كرر
بغير حرف العطف وبخبر بان قال انت طالق انت طالق انت طالق
او قال انت طالق طالق طالق يقع الاولى ويلغو الثانيه
والثالثه لانه اوقع متفرقا اما في قوله انت طالق طالق
تقع الاولى فلان كل واحد من هذه الالفاظ الثلاثه
كلام تام لانه مبتدا وخبر وكل واحد منهما وجد متفرقا
فكان كل واحد منهما ايقاعا متفرقا فيقتضي الوقوع متفرقا
فيحصل البينونه بالاولى ثم الثاني والثالث يصادفها ولا
ملك ولا عده فيلغوا وكذا اذا قال انت طالق طالق طالق
لان الثاني والثالث خبر لا مبتدا له فيعاد المبتدا كانه
قال انت طالق انت طالق وان علق بشرط فان قدم الشرط
بان قال ان دخلت الدار فانت طالق انت طالق انت طالق
فالاول يتعلق بالشرط لوجود التعليق الصحيح وهو ذكر شرط
وجزا في الملك والثاني ينزل في الحال لان قوله انت طالق ايقاع
تام وقوله وطالق معناه انت طالق وانه ايقاع تام لانه ٥
مبتدا وخبر وقد صادف محله وهو المنكوحه فيقع ويلغو ٥
الثالث لوقوع البينونه بالايقاع فلو تزوجها ودخلت الدار
ينزل المعلق لان اليمين باقيه لانها لا تبطل الا بانه وجد
الشرط وهي في ملكه فينزل الجزا ولو دخلت الدار بعد البينونه
قبل التزوج تنحل اليمين ولا يقع الطلاق وان كانت مدخولا بها

فالاول يتعلق بالشرط لما ذكرنا والثاني والثالث ينزلان في الحال لان كل
واحد منهما ايقاع صحيح لمصادفته محله وان اخر الشرط بان قال انت
طالق انت طالق انت طالق ان دخلت الدار فالاولى ينزل في الحال لانه
ايقاع تام صادف محله ويلغوا الثاني والثالث لحصول البينونة بالاولى
فلم يصح التعليق لعدم الملك وان كانت مدخولا بها تقع الاولى والثانية
للحال ويتعلق الثالث بالشرط لان الاولى والثاني كل واحد منهما
ايقاع تام لكونه مبتدا وخبرا وقد صادف محله فوقع للحال والثالث
علقه بالشرط فيتعلق به لحصول التعليق حال قيام العدة فصادف
التعليق محله فصح بخلاف الفصل الاول وان كرر بحرف العطف
ثم ان نجز الطلاق بان قال انت طالق ثم طالق ثم طالق او قال
انت طالق فطالق فطالق لا يقع الا الاولى بلا خلاف لانه اوقع الثلاث
متفرقا لوجود حروف موضوعة للتفرق لان ثم للترتيب مع
التراخي والفا للترتيب مع التعقيب ووقوع الطلقة الاولى
تمنع من ترتيب الثانية والثالثة عليها وكذلك اذا قال
انت طالق وطالق وطالق عند عامة العلماء وقال مالك يقع الثلاث
ولنا ان الواو للجمع المطلق لكن الجمع المطلق في الوجود لا يتصور
بل يكون وجوده على احد الوصفين عينا اما القران واما الترتيب
فان كان الوقوع بصفة الترتيب لا يقع الا الاول وان كان بصفة
القران يقع الثاني والثالث فيقع الشك في وقوع الثاني والثالث
فلا يقع بالشك وان علق بشرط فاما ان قدم الشرط على الجزا
واما ان اخره عنه فان قدم بان قال ان دخلت الدار فانت
طالق وطالق وطالق تعلق الكل بالشرط بالاجماع حتى لا يقع شي
قبل دخول الدار فاذا دخلت الدار قبل الدخول بها لا يقع الا
واحدة في قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد يقع الثلاث
اذا دخلت الدار وان دخلت بعد الدخول بها فيقع الثلاث
بالاجماع لكن عند ابي حنيفة على التعاقب وعندهما يقع على الجمع وعلى
هذا الخلاف اذا قال لاجنبية ان تزوجتك فانت طالق
وطالق وطالق فتزوجها لا يقع الا واحدة عنده وعندهما يقع
الثلاث ولو قال ان تزوجتك فانت طالق وانت علي كظهر امي
فتزوجها طلقت ولم يصر مظاهرا عنده خلافا لهما ولو قدم
الظهار على الطلاق بان قال ان تزوجتك فانت علي كظهر امي
وانت طالق يقع الطلاق بان قال ان تزوجتك فانت علي كظهر امي
وانت طالق يقع الطلاق والظهار جميعا بالاجماع **وجه قولهما**

انه

انه وقع الثلاث جملة واحدة كما اذا قال ان دخلت الدار فانت
طالق ثلاثا ودلالة الوصف انه جمع التطليقات الثلاث بحرف الجمع
وهو الواو والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع لغة وشرعا
اما اللغة فان قول القايل جاني زيد وزيد وزيد وقوله جاني
الزيدون سوا **واما الشرع** فان من قال لفلان علي الف درهم
وكذا الفضولي اذا زوج رجلا امراة وفضولي اخر زوج اخت
تلك المراة من ذلك الرجل فبلغه النكاحان فقال اجزت نكاح
هذه وهذه بطل النكاحان جميعا كما لو قال اجزت نكاحهما فثبت
الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع ولو جمع بلفظ الجمع بان قال ان دخلت
هذه الدار فانت طالق ثلثا لوقوع الثلاث سوا دخلها قبل الدخول
بها او بعد الدخول كذا هذا ولا يلزم التخيير فانه لو ذكر لفظ الجمع
قبل الدخول بها بان قال انت طالق ثلاثا يقع الثلاث ولو ذكر
بحرف الجمع لا يقع الا واحدة بان قال لها انت طالق وطالق وطالق
لان العطف والجمع في التخيير لم يصح لانه لما قال لها انت طالق فقد
بانت بواحدة لعدم العدة فامتنع وقوع الثاني والثالث لانعدام
محل الطلاق بخلاف التعليق بالشرط لان التعليق بالشرط قد
صح وصح التكلم بالثاني والثالث لانعدام محل الطلاق بخلاف
ملكه قايم بالتعليق فصح التكلم به واذا صح التكلم بحرف الجمع صار
التكلم به كالتكلم بلفظ الجمع ولهذا وقع الثلاث اذا اخر الشرط
كذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله تعالى ان قوله ان دخلت فانت
طالق وطالق وطالق ايقاع الثلاث متفرقا في زمان ما بعد
الشرط فيقتضي الوقوع متفرقا كما اذا قال لامراته قبل الدخول
بها انت طالق واحدة بعدها اخرى ولا شك ان الايقاع
اذا كان متفرقا يكون الوقوع متفرقا لان الوقوع على حسب الايقاع
لانه حكمه والحكم يثبت على وفق العلة **والدليل** على انه اوقع
الثلاث في زمان ما بعد الشرط لان الايقاع هو كلامه السابق
اذ لا كلام منه سواه وكلامه متفرق فان قوله انت طالق كلام تام
مبتدا وخبر وقوله وطالق وطالق معطوف على الاول ناقصا
فيكون خبر الاول خبرا له كانه قال انت طالق وانت طالق
وانت طالق وهذه كلمات متفرقة فيكون الايقاع متفرقا
ضرورة فيقتضي الوقوع متفرقا وهو ان يقع الاول ثم الثاني
ثم الثالث فان لم تكن المراة مدخولا بها فدخول الاول يمنع وقوع
الثاني والثالث عقيبه لانعدام الملك والعدة ولهذا لم يقع

لكونه مبتدا

في التنجيز الواحد لكون الايقاع متفرقا الا ان هناك اوقع متفرقا ه
في الحال في زمان ما بعد الشرط ولا يلزم ما اذا قال لها ان دخلت هذه
الدار فانت طالق ثلاثا فدخلتها انه يقع الثلاث لان هناك ما اوقع
الثلاث متفرقا في الحال في زمان واحد ما بعد الشرط ولا يلزم ما اذا
قال لها ان دخلت هذه الدار فانت طالق ثلاثا فدخلتها انه يقع الثلاث
لان هناك ما اوقع الثلاث متفرقا بل اوقعها جملة واحدة لان قوله
انت طالق ثلاثا موضوع العدد معلوم لغة الاترى ان في التنجيز
كذلك فكذا في التعليق ولا يلزم ما اذا اخر الشرط لانهم وضعوا هذا
الكلام عند تاخير الشرط ذكر الايقاع الثلاث جملة وان كان متفرقا
من حيث الصوره لضرورة دعتهم الى ذلك وهي ضرورة تدارك الغلط
لان الطلاق والعتاق مما يجري على اللسان غلطا من غير قصدهم
فوضعوا الشرط والاستثنا في الكلام لتدارك الغلط حتى اذا لم يكن
ذلك عن قصد الحق الرجل به الاستثنا فيقول ان شا الله تعالي
اويقول ان دخلت الدار فصار هذا الكلام عند تاخير الشرط ع
لايقاع الثلاث جملة وضعا وان كان من حيث الصوره متفرقا ه
لحاجتهم الى تدارك الغلط وهم اهل اللسان فلهم ولاية الوضع
والحاجة الى تدارك الغلط عند تاخير الشرط لا عند تقديمه ه
فيجب العمل بحقيقة الوضع الاخر عند التقدم ولا يلزم ما اذا قال
لامراته ان دخلت هذه الدار فانت طالق ثم قال في اليوم الثاني
ان دخلت هذه الدار فانت طالق ثم قال في اليوم الثالث ان دخلت
هذه الدار فانت طالق ثم دخلت الدار انه يقع هذه الثلاث
وان كان الايقاع متفرقا لان هناك ما اوقع الثلاث متفرقا ه
في زمان ما بعد الشرط لان ذلك الكلام ثلاثة ايمان كل واحد
منها جعلت علما على الانطلاق في زمان واحد بعد الشرط وكان ه
زمان ما بعد الشرط وهو دخول الدار وقت الحنث في الايمان كلها
فيقع جملة ضرورة حتى لو قال لها ان دخلت هذه الدار فانت
طالق ثم قال في اليوم الثاني ان دخلت هذه الدار الاخرى فانت
طالق لا يقع بكل دخلة الا طلاق واحد لان الموجود ثلاثة ايمان
لكل واحد شرط على حدة بخلاف مسئلتنا فان الموجود يمين واحد
ولها شرط واحد وقد جعل الحالف جزا هذه اليمين ايقاعات
متفرقة في زمان ما بعد الشرط فلا بد من تفرق الايقاعات ه
في زمان ما بعد الشرط فيقع كل جزا في زمان كما في قوله ان دخلت
هذه الدار فانت طالق واحدة بعدها اخرى بخلاف ما اذا قال

ان

ان دخلت الدار فانت طالق ونصف لان هناك ما اوقع متفرقا ه
بل مجتمعا لان قوله طالق ونصف اسم واحد وان كان النصف ثم
معطوفا على الواحد كقولنا احد وعشرون ونحو ذلك فكان ذلك
ايقاع تطليقتين على الجمع ولهذا كان في التنجيز كذلك فكذلك
في التعليق وبخلاف قوله ان دخلت الدار فانت طالق واحدة
لا بل ثنتين لان ذلك ايقاع الثلاث جملة في زمان ما بعد
الشرط لانه اوقع الواحدة ثم تدارك الغلط باقامة الثنتين
مقام الواحدة والرجوع عن الاول والرجوع لم يصح لان تعليق
الطلاق لا يحتمل الرجوع عنه وصح ايقاع التطليقتين فكان
ايقاع الثلاث بعد الشرط في زمان واحد كانه قال ان دخلت
الدار فانت طالق ثلاثا وههنا بخلافه واما قوله انه جمع
بين الايقاعات بحرف الجمع وهو الواو فالجواب
عنه من وجهين احدهما ان الواو للجمع المطلق من غير التعرض
للقران والترتيب والجمع المطلق في الوجود لا يتصور لانه
لا يوجد الا مقيدا باحد وصفين فبعد ذلك حمله على القران
يكون عدولا عن حقيقة الكلمة وجعلها مجازا من كلمة مع ونحن نحمله
على الترتيب ونجعله مجازا عن كلمة ثم فوقع التعارض فسقط
الاحتجاج بحرف الواو ومعنا ان الترجيح معناه من وجهين احدهما
ان الحمل على الترتيب موافق للحقيقة لوجود الايقاع متفرقا ه
حقيقة لا يوجب حرف الواو والحمل على القران يخالف الحقيقة
فكان الحمل على الترتيب اولى والثاني ان الحمل على الترتيب يمنع
من وقوع الثاني والثالث والحمل على القران يوجب الوقوع فلا
يثبت الوقوع بالشك على الاصل المعهود ان ما لم يكن ثابتا ووقع
الشك في ثبوته لا يثبت بالشك بخلاف مسئلة الفضولي
فانه كما لا يجوز الجمع بين الاختين على المقارنه لا يجوز على الترتيب
فامكن العمل بحرف الواو فيما يقتضيه وهو الجمع المطلق ه
وفي مسئلة الاقرار يوقف اول الكلام على اخره لضرورة ه
تدارك الغلط والنسيان اذ قد يكون على انسان حق لاثنين
فيقر بكل الحق لاحدهما على السهو والغفلة ثم يتذكر فيتدارك
بهذه اللفظة فوقف اول الكلام على اخره وصارت الجملة اقرارا
واحدا لهما للضرورة كما قلنا في تاخير الشرط في الطلاق ومثل
هذه الضرورة في مسئلتنا منعدمة فيجب العمل بالحقيقة ولو علق
بحرف الفا بان قال ان دخلت الدار فانت طالق فطالق فقد جعل

الشيخ ابو الحسن عبيد الله بن دلال الكرخي والامام ابو جعفر احمد بن محمد الطحاوي
حرف الفا ههنا كحرف الواو واثبتنا الخلاف فيه والفقيه ابو الليث جعله مثل
كلمة بعد وعدّ مجمع عليه فقال اذا كانت غير مدخول بها لا يقع الا واحدة بالاجماع
وهكذا ذكر الشيخ الامام الاجل الاستاذ علاء الدين نعم الله برحمته
وهذا اقرب الى الفقه لان الفا للترتيب مع التعقيب ووقوع الاول يمنع
من تعقيب الثاني والثالثة ولو قال ان دخلت الدار فانت طالق ثم طالق
ثم طالق فالاول يتعلق بالشرط والثاني يقع في الحال ويلغو الثالث
في قول ابي حنيفة رحمه الله كما لو ذكر الواو ولا كذا الفا بان قال ان دخلت
الدار فانت طالق طالق طالق فان تزوج بها ودخلت الدار ولم تكن
دخلت قبل ذلك دخلت الدار قبل ذلك نزل المعلق وان كانت
مدخولا بها يتعلق الاول بالشرط ويقع الثانية والثالثة في الحال
فان دخلت الدار وهي في العدة او دخلتها بعد ان راجعها نزل المعلق
وقال ابو يوسف ومحمد يتعلق الكل بالشرط حتى لا يقع شي في الحال
واذا دخلت الدار يقع واحدة وان كانت مدخولا بها يقع الثلاث على
التعاقب كما اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وبعدها
واحدة وبعدها واحدة وكما قال ابو حنيفة في حرف الواو
وجه قولهما انه عطف البعض على البعض بحرف العطف لان ثم حرف
عطف كالواو فيتعلق الكل بالشرط ثم الوقوع بعد الشرط يكون
على التعاقب بمقتضى حرف ثم لانه للترتيب مع التراخي فيعتبر ان
معنى العطف في التعليق ومعنى الترتيب في الوقوع على ما نذكر ان شاء الله
وجه قول ابي يوسف انه قوله ان دخلت الدار فانت طالق يمين
واحدة تامة لوجود الشرط والجزا وانها منعقدة لحصولها في الملك
فلما قال ثم فقد تراخى الكلام الثاني عن الاول فصار كانه سكت ثم قال
لها انت طالق فيقع في الحال ولا يتعلق بالشرط وابو حنيفة رحمه الله
يعتبر معنى الكلمة وهو التراخي في نفس الكلام فكان الفصل بين الكلام
الاول والثاني بالتراخي كالفصل بالسكوت على ما نذكر ولو اخر
الشرط بان قال انت طالق وطالق وطالق ان دخلت الدار وقال
انت طالق فطالق ان دخلت الدار تعلق الكل بالشرط فان وجد
الشرط يقع الثلاث بالاجماع لان اهل اللغة وضعوا هذا الكلام
على تاخير الشرط لا لايقاع الثلاث جملة في زمان ما بعد الشرط
لحاجتهم الى تدارك الغلط على ما بينا فيما تقدم ولو قال انت طالق
ان دخلت الدار انت طالق الخ ان دخلت الدار او قدم الشرط
بان قال ان دخلت الدار فانت طالق قال ذلك ثلاثا يتعلق الكل

با

بالدخول فما لم يدخل الكل لا يقع شي وان دخل الدار دخلة واحدة
يقع الثلاث بالاجماع لما ذكرنا ان هذه ايمان ثلاثة لها شرط واحد
كل يمين ايقاع الثلاث في زمان واحد وهو ما بعد الشرط فكان ايقاع
الثلاث جملة في زمان ما بعد الشرط لا متفرقا فاذا وجد الشرط
يقع جملة ولو قال انت طالق ثم طالق ثم طالق ان دخلت الدار
فالاول يقع للحال ويلغو الثاني والثالث في قول ابي حنيفة وان
كانت مدخولا بها يقع الاول والثاني للحال ويتعلق الثالث بالشرط
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يتعلق الكل بالشرط ثم اذا وجد
الشرط لا يقع الا واحدة وان كان مدخولا بها يقع الثلاث سوا كانت
مدخولا بها او غير مدخول بها وجعل ثم عندهما
في هذه الصورة كالواو والفا **وجه قولهما** على ظاهر الرواية
عنهما ان ثم حرف عطف كالواو والفا ولها معنى خاص وهو التراخي
فيجب اعتبار المعنيين جميعا فاعتبرنا معنى العطف في تعليق الكل
بالشرط كما في حرف الواو والفا واعتبرنا معنى التراخي في الوقوع
وهذا يمنع وقوع الثانية والثالثة قبل الدخول بها **وجه
قول ابي حنيفة** ان كلمة ثم موضوعة للتراخي وقد دخلت على الايقاع
فيقتضي تراخي الثاني عن الاول في الايقاع كانه قال انت طالق وسكت
ثم قال وطالق وطالق ان دخلت الدار فيقع الاول للحال ويلغو
الثاني والثالث لانهما حصلا بعد ثبوت البينونة بالاول فلا يقعا
في الحال ولا يتعلقان بالشرط ايضا لانعدام الملك وقت التعليق
فلم يصح التعليق **فالحاصل** انهما يعتبران معنى التراخي في الوقوع
لا في الايقاع وابو حنيفة رحمه الله يعتبر معنى التراخي في الايقاع
واعتبار ابي حنيفة رحمه الله اولى لان كلمة التراخي دخلت على الايقاع
والتراخي في الايقاع يوجب التراخي في الوقوع لان الحكم يثبت على
وفق العلة **فاما** القول بتراخي الوقوع من غير تراخي الايقاع
فيقول باثبات العلة على وجه لا يقتضيه العلة وهذا لا يجوز
وروي عن ابي حنيفة رحمه الله فيمن قال لامراته انت طالق استغفر الله
ان دخلت الدار موصولا او قال سبحان الله او الحمد لله انه يدين
فيما بينه وبين الله عز وجل ويقع في القضا للحال في الحال لان هذا
كلام لا تعلق له بالطلاق فيكون فاصلا بين الجزا والشرط فيمنع
التعلق كما لو سكت بينهما من غير ضرورة السعال فيقع بينهما
في الحال في القضا ولا يصدق ان اراد به التعليق كما لو سكت بينهما
لانه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى

ما يحتمله كلامه وكذا اذا تنحنح من غير سعال او عطسة او تشاغل لانه لما تنحنح
من غير ضرورة او تشاغل فقد قطع كلامه فصار كما لو قطعه بالسكوت ٥
ولو قال انت طالق واحدة وعشرين او واحدة وثلاثين او واحدة واربعين
او قال احد وعشرين او احد وثلثين او احد واربعين وقعت ثلاثا في قول
اصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم وقال زفر رحمه الله لا يقع الا واحدة وجه
قوله انه اوقع الثلاث متفرقا لانه عطف عددا على عدد فوقوع الاول
يمنع وقوع الثاني كما اذا قال لها انت طالق وطالق او فطالق
ولنا ان قوله احد وعشرين في الوضع كلام واحد فانه اسم واحد
وضع لمسمى واحد الا ترى انه لا يمكن ان يتكلم به الا على هذا الوجه
فلا يفصل البعض عن البعض كقوله انت طالق ثلاثا وعلى هذا الخلاف
اذا قال انت طالق اثنتين وعشرين او اثنتين وثلاثين او اثنتين ٥
واربعين او قال اثني وعشرين واثني وثلثين واثني واربعين انه
ثلاث عندنا وعند زفر رحمه الله اثنتان لما قلنا ولو قال انت
طالق احدى عشرة او احد عشر فهو ثلاث في قولهم جميعا لانه كلام
واحد غير معطوف فكان جملة واحدة ولو قال انت طالق واحدة ٥
وعشرا او قال احد وعشرة وقعت واحدة بالاجماع لانه يمكن ان
يتكلم على غير هذا الوجه بان ياتي باللفظ المعتاد فيقول احدى
عشرة او احد عشر فاذا لم يقل يعتبر عطفا على الواحد فكان ايقاع
العشرة بعد الواحد فلا يصح كما لو قال انت طالق وطالق او فطالق ٥
او ثم طالق ذكر الشيخ ابو الحسن الكرخي عن ابي يوسف في احدى وعشرة
انه ثلاث لانه يفيد ما يفيده قولنا احد عشر فكان مثله ولو قال
انت طالق واحدة ومائة او واحدة والف كان واحدة كذا روى الحسن
عن ابي حنيفة رحمه الله لانه كان يمكنه ان يتكلم به على غير هذا الوجه
وهو ان يقول مائة وواحدة والف وواحدة لان هذا هو المعتاد
فاذا قدم الواحد فقد خالف المعتاد فلا يمكن ان يحمل الكل عددا
واحدا فيجعل عطفا فيمتنع وقوع ما زاد على الواحدة وقال
ابو يوسف رحمه الله اذا قال واحدة ومائة يقع ثلاثا لان التقديم
والتاخير في ذلك معتاد الا ترى انهم يقولون في العادة مائة
وواحدة او واحدة ومائة على السواء ولو قال انت طالق واحدة
ونصف يقع ثنتان في قولهم لان هذه جملة واحدة الا ترى
انه لا يمكن ان يتكلم بها الا على هذا الوجه فكان هذا اسما لمسمى
واحدا والطلاق لا يتجزى فكان ذكر بعضه ذكرا للكل فكان هذا
ايقاع تطليقتين كانه قال لها انت طالق ثنتين ولو قال انت

طالق نصفا وواحدة يقع عليها ثنتان عند ابي يوسف وعند محمد
رحمه الله واحدة له ان التكلم على هذا الوجه غير معتاد بل العادة
قولهم واحدة ونصف فاذا عدل عن المعتاد لم يمكن ان يحمل الكل عددا
واحدا فيجعل عطفا وابو يوسف رحمه الله يقول لا نسلم ان على هذا
الوجه معتاد فانه يقال واحدة ونصف ونصف وواحدة على السوا
ومنها الاضافة الى المراة في صريح الطلاق حتى لو اضاف الزوج صريح
الطلاق الى نفسه بان قال انا منك طالق لا يقع الطلاق وان نوى
وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله الاضافة الى المراة ليست
بشرط له في الكناية حتى لو قال لها انا منك باين او انا عليك حرام
ونوى ودلالة الوصف ان محل الطلاق المقيد لان التطليق رفع
القيد والرجل مقيد اذ المقيد هو الممنوع والزوج ممنوع ٥
عن التزوج باختها وعن التزوج باربع سواها فكان مقيدا
فكان محلا للطلاق ولهذا كان محلا لاضافة الكناية المبينة
الية لما ان الابانة قطع الوصلة وانها ثابتة من جانبه كذا
هذا ولنا الكتاب والسنة والمعقول اما الكتاب فقوله
تعالى فطلقوهن لعدتهن امر بتطليقهن والامر بالفعل نهي عن تركه
وتطليق نفسه ترك لتطليق امراته حقيقة لانه اضاف الطلاق
الى نفسه لا الى امراته حقيقة فيكون ههنا منهيا والمنهي
غير مشروع والتصرف الذي ليس بمشروع لا يعتبر شرعا وهو
تفسير عدم الصحة واما السنة فما روى ابو داود في سننه
باسناده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال تزوجوا
ولا تطلقوا فان الطلاق يهتز له عرش الرحمن نهى عن التطليق ٥
مطلقا سواء كان مضافا الى الزوج او الى الزوجة واكد النهي بقوله
فان الطلاق يهتز له عرش الرحمن فظاهر الحديث يقتضي ان يكون
التطليق منهيا سواء اضيف الى الزوج او اليها ثم خصت الرخصة
في التطليق المضاف الى الزوجة في نصوص الكتاب من قوله تعالى
فطلقوهن لعدتهن وقوله تعالى فان طلقها وقوله تعالى لا جناح
عليكم ان طلقتم النساء ونحو ذلك فبقي التطليق المضاف الى
الزوج على اصل النهي والمنهي غير مشروع والتصرف الشرعي
اذا خرج من ان يكون مشروعا لا وجود له شرعا فلا يصح ضرورة
واما المعقول فهو ان قوله انا منك طالق اما ان يعتبر ٥
اخبارا عن كونه طالقا بمقتضيه ظاهرا الصيغة واما ان يعتبر
انشاء وهو اثبات الانطلاق ولا سبيل الى الثاني لانه منطلق

اذ لبس عليه قيد النكاح واثبات الثابت محال فتعين الاول وهو ان يكون اخبارا عن كونها طالقا كما يقتضيه ظاهر الصيغة وهو صادق في هذه الاخبار ه
والدليل على انه ليس عليه قيد النكاح وجهان **احدهما** ان قيد النكاح في جانب المراة انما ثبت لضرورة تحقيق ما هو من مقاصد النكاح وهو السكن والنسب لان الخروج والبروز ريب فلا يطمئن قلبه اليها واذا جاءت بولد لا يثق بكونه منه وهذه الضرورة منعدمة في جانب الزوج فلا يثبت عليه قيد النكاح **والثاني** ان قيد النكاح هو ملك النكاح وهو الاختصاص الحاجز والزوج مالك لان المراة مملوكة ملك النكاح والمملوك لا بد له من مالك ولا ملك لغيرها والزوج فيها فعلم ان الزوج مالكها فاستحال ان يكون مملوكا بخلاف ما اذا اضاف الطلاق اليها فان قال لها انت طالق انه لا يمكن حمل هذه الصيغة على الاخبار لانه يكون كذبا لكونها غير منطلقة لثبوت قيد النكاح عليها فيحمل على الانشا وانه ممكن اعدم الانطلاق قبله بخلاف الكناية المثبتة لان الابانة قطع الوصلة بانها ثابتة في الطرفين فاذا زالت من احد الطرفين تزول من الطرف الاخر ضرورة لاستحالة اتصال شي بما هو منفصل عنه والتحريم اثبات الحرمة وانها لا تثبت من احد الجانبين لاستحالة ان يكون الشخص حلالا لمن هو حرام له بخلاف الطلاق لانه اثبات الانطلاق ورفع القيد ه والقيد لم يثبت الا من جانب واحد وانه قائم **واما** قوله الزوج ممنوع عن التزوج باختها واربع سواها فنعم لكن ذلك لم يثبت الا من جانب واحد وانه قائم لان المنع من ذلك لكونه جمعا بين الاختين في النكاح وهذا كان ثابتا قبل النكاح **الا ترى** انه لو تزوجهما جميعا لم يجز وسوا كانت الاضافة معينة او مبهمة عند عامة العلما حتى لو قال لامراتيه احديكما طالق او قال لاربع نسوة له احديكن طالق ولم ينو واحدة بعينها صحت الاضافة **وقال** نفاة القياس لا يصح اضافة الطلاق الا الى المعينة **وجه قولهم** ان المجهول لم يصلح محلا للنكاح فلا يصلح محلا للطلاق او الطلاق يرفع ما ثبت بالنكاح وكذا لم يصلح محلا للبيع والهبة والاجارة وساير التصرفات فكذا الطلاق **ولنا** عمومات الطلاق من الكتاب والسنة من نحو قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وقوله تعالى الطلاق مرتان وقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره وقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النسا ما لم تمسوهن و قول النبي صلى الله عليه وسلم كل طلاق جايز الا طلاق الصبي والمعتوه من غير فصل بين طلاق وطلاق وبين الطلاق الى المضاف المعين والمجهول ولان هذا ليس بتنجيز الطلاق في الحقيقة بل هو تعليق من حيث المعنى بشرط

البيان لما نذكر والطلاق مما يحتمل التعليق بالشرط **الا ترى** انه يصح تعليقه بساير الشروط فكذا بهذا الشرط بخلاف النكاح فانه لا يحتمل التعليق بالشرط فلا يكون المجهول محلا للنكاح وكذا البيع والاجارة وساير التصرفات **وعلى هذا** الوجه لا يكون هذا ايقاع الطلاق في المجهولة لانه تعليق بشرط البيان فيقع الطلاق في المثبتة لا في المجهولة على انا ان قلنا بالوقوع كما قال بعضهم فهذه جهالة يمكن رفعها بالبيان فالطلاق يحتمل خطر الجهالة **الا ترى** انه يحتمل خطر التعليق ه والاضافة بحقيقة ان البيع يحتمل جريان الجهالة فانه اذا باع قفيزا من صبرة جاز وكذا اذا باع احد شيئين على ان المشتري بالخيار يأخذ ايهما شا ويرد الاخر جاز فالطلاق اولى لانه يحتمل الخطر فوق البيع **الا ترى** انه يحتمل خطر التعليق والاضافة والبيع لا يحتمل ذلك فلما جاز بيع المجهول فالطلاق اولى وسوا كانت الجهالة مقارنة او طارية بان طلق واحدة من نسائه عينا ثم نسي المطلقة حتى لا يحل له وطي واحدة منهن لان المقارن لما لم يمنع صحة الاضافة فالطاري اولى لان لا يرفع الاضافة الصحيحة اولى لان المنع اسهل من الرفع والله اعلم **ومنها** الاضافة الى جميع اجزايها او الى جزء جامع منها او شايع وجملة الكلام انه لا خلاف انه اذا اضاف ه الطلاق الى جزء جامع منها كالراس والوجه والرقبة والفرج انه يقع الطلاق لان هذه الاعضا يعبر بها عن جميع البدن يقال فلان يملك كذا وكذا راسا من الرقيق وكذا الكل رقبة وقال الله تعالى او تحرير رقبة والمراد بها الجملة وفي الخبر لعن الله ه الفروج على السروج والوجه يذكر ويراد به الذات قال الله تعالى كل شي هالك الا وجهه اي الا هو ومن كفل وجه فلان يصير كفيلا بنفسه فثبت ان هذه الاعضا يعبر بها عن جميع البدن فكان ذكرها ذكرا للبدن كانه قال انت طالق وكذا اذا اضاف الى روحها لان قوام النفس بها ولان الروح تسمى نفسا قال الله تعالى الله يتوفى الانفس حين موتها والتي لم تمت في منامها ولو اضاف الى دبرها لا يقع لان الدبر لا يعبر به عن جميع البدن بخلاف الفرج ولا خلاف ايضا في انه اذا اضاف الطلاق الى جزء شايع منها فان قال نصفك طالق او ربعك او جزء منك انه يقع الطلاق لان الجزء الشايع محل النكاح حتى يصح اضافة النكاح اليه فيكون محلا للطلاق ولان الاضافة الى الجزء الشايع يقتضي ثبوت حكم الطلاق فيه وانه شايع في جملة الاجزاء لتعذر الاستمتاع بجميع

البدن لما في الاستمتاع به استمتاع بالجزء الحرام فلم يكن في ابقا النكاح
فايده فتزول ضروره **واختلف** فيما اذا اضاف الطلاق الى الجزء
المعين الذي لا يعبر به عن جميع البدن كاليد والرجل والاصبع ونحوها
قال اصحابنا رحمهم الله لا يقع الطلاق **وقال** زفر رحمه الله يقع وبه
اخذ الشافعي **وجه قولهما** ان اليد جزء منها فيصح اضافة الطلاق
اليها كما لو اضاف الى الجزء الشايع منها والدليل على ان اليد جزء
من البدن ان البدن عبارة عن جملة اجزا مركبة منها البدن
وكانت اليد بعض الجملة المتركبة منها والاضافة الى بعض البدن
اضافة الى الكل كما في الجزء الشايع **ولنا** قوله تعالى فطلقوهن
لعدتهن امر الله تعالى بتطليق النسا والنسا جمع المراه والمراه اسم
لجميع اجزايها والامر بتطليق الجمله يكون نهيا عن تطليق جزء
منها لا يعبر به عن جميع البدن لانه ترك لتطليق جملة البدن
والامر بالفعل نهي عن تركه والمنهي لا يكون مشروعا فلا يصح شرعا
ولان قوله يدك طالق اضافة الطلاق الى ما ليس محل الطلاق
فلا يصح الطلاق كما لو اضاف الطلاق الى خمارها ودلالة الوصف
الى يدها ويدها ليست بمحل الطلاق لوجهين **احدهما** انها
ليست بمحل للنكاح حتى لا يصلح اضافة النكاح اليها فلا يكون محلا
للطلاق لان الطلاق رفع ما ثبت بالنكاح **الا ترى** انها لما لم تكن
محلا للبيع لم تكن محلا للاقاله لانها فسخ ما ثبت بالبيع كذا هذا
والثاني ان محل الطلاق محل حكمه في عرف الفقها وحكم الطلاق
زوال قيد النكاح وقيد النكاح ثبت في جملة البدن لا في اليد وحدها
لان النكاح اضيف الى جملة البدن لا الى اليد وحدها فكانت الاضافة
الى اليد وحدها اضافة الى ما ليس بمحل الطلاق فلا يصح **وهكذا**
نقول في الجزء الشايع بل لمعنى اخر وهو عدم الفايده في بقاء
النكاح على ما مر بيانه او يضاف اليه لانه من ضرورات الاضافة
الى الجزء الشايع كمن قطع حبلا مملوكا له تعلق به قنديل غيره وههنا
لا ضروره لو تثبت الحرمة في الجزء المعين مقصورا عليه لامكان
الاستمتاع بباقي البدن فكان بقا النكاح مفيدا لكن لا قايل به
على ما عرف في الخلافيات **واما** قوله اليد جزء من البدن **فنقول**
ان سلم ذلك لكنه جزء معين فلم يكن محلا للطلاق بخلاف الجزء
الشايع فانه غير معين وهذا لان الجزء اذا كان شايعا فما من
جزء يشار اليه الا ويحتمل ان يكون هو المضاف اليه الطلاق فيتعذر
الاستمتاع بالبدن فلم يكن في بقا النكاح فايده بخلاف المعين على ما مر

ومنها قبول العوض من المراه في احد نوعي الخلع وفي الطلاق على مال اذا لم
يكن هناك ما يدل احترسوا منها **اما** الخلع فجملة الكلام فيه ان الخلع نوعان خلع
بعوض وخلع بغير عوض **اما** الذي هو بغير عوض فنحو ان قال لامراته
خالعتك ولم يذكر العوض فان نوى به الطلاق كان طلاقا وان لا فلا
لانه من كنايات الطلاق عندنا ولو نوى ثلاثا كان ثلاثا وان نوى
اثنتين فهي واحده عند اصحابنا الثلاثه خلافا لزفر رحمه الله كقوله
قوله انت باين ونحو ذلك على ما مر **واما** الثاني وهو ان يكون
مقرونا بالعوض لما ذكرنا بان قال خالعتك على كذا او ذكر عوضا
واسم الخلع يقع عليهما الا انه عند الاطلاق ينصرف الى النوع
الثاني في عرف اللغة والشرع فيكون حقيقه عرفيه وشرعيه
حتى لو قال لاجنبي اخلع امراتي فخلعها بغير عوض لم يصح وكذا لو
خالعها على الف درهم فقبلت ثم قال الزوج لم انو به الطلاق
لا يصدق في القضا لانه ذكر العوض دلالة اراده الطلاق ظاهرا
فلا يصدق في العدول عن الظاهر بخلاف ما اذا قال لها خالعتك
ولم يذكر العوض ثم قال ما اردت به الطلاق انه يصدق اذا لم يكن
هناك دلالة حال تدل على اراده الطلاق من غضب او ذكر طلاق
على ما ذكرنا في الكنايات لان هذا اللفظ عند عدم ذكر العوض يستعمل
في الطلاق وفي غيره فلا بد من النيه لينصرف الى الطلاق بخلاف
ما اذا ذكر العوض لانه مع ذكر العوض لا يستعمل في العرف والشرع
الا للتطليق وبالله التوفيق **ثم** الكلام في هذا النوع يقع في مواضع
في بيان ماهيته **وفي** بيان كيفيته **وفي** بيان شرط الصحته
وفي بيان شرط وجوب العوض **وفي** بيان قدر ما يحل للزوج اخذه منها
من العوض وما لا يحل **وفي** بيان حكمه **اما الاول** فقد اختلف
في ماهية الخلع **قال** اصحابنا رحمهم الله هو طلاق وهو مروي عن عمر
وعثمان بن عفان رضي الله عنهما وللشافعي رحمه الله قولان في قول مثل
قولنا وفي قول ليس بطلاق بل هو فسخ وهو مروي عن ابن عباس رضي الله
عنهما **وفايده** الاختلاف انه اذا خالع امراته ثم تزوجها تعود اليه
بطلاقين عندنا **وعنده** بثلاث تطليقات حتى لو طلقها تطليقتين حرمت
عليه حرمة غليظة عندنا **وعنده** لا تحرم الا بثلاث **احتج** الشافعي
بقوله تعالى الطلاق مرتان الى قوله فان طلقها ذكر الطلاق مرتين
ثم ذكر الخلع بقوله تعالى الطلاق مرتان الى قوله فلا جناح عليهما فيما
افتدت به **ثم** ذكر الطلاق ايضا بقوله فان طلقها فلو جعل الخلع طلاقا
لازداد عدد الطلاق على الثلاث وهذا لا يجوز لان الفرقه في النكاح

قد تكون بالطلاق وقد تكون بالفسخ كالفرقة بعدم الكفاءة وخيار العتاقة
والردة وآباء الاسلام ولفظ الخلع دليل الفسخ وفسخ العقد رفعه من
الاصل قد يكون طلاقا **ولنا** ان هذه فرقة بعوض حصلت من جهة
الزوج فتكون طلاقا كما لو قال لها طلقتك على الف درهم فقبلت وقوله
الفرقة في النكاح قد تكون من طريق الفسخ مسلم لكن ضرورة لا مقصودا لان
النكاح لا يحتمل الفسخ مقصودا عندنا لان جوازه ثم ثبت مع قيام
المنافي للجواز وهو الحرية في الحرة وقيام ملك اليمين في الامة على ما عرف
الا ان الشرع اسقط اعتبار المنافي والحقه بالعدم لحاجة الناس وحاجتهم
تندفع بالطلاق بعوض وبغير عوض وبالفساخة ضرورة فلا حاجة الى
الفسخ مقصودا فلا يثبت اعتبار المنافي في حق الفسخ مقصودا فلا يسقط
اعتبار المنافي في حق الفسخ مقصودا والانفساخ فيما ذكرنا من المواضع
ما ثبت مقصودا بل ضرورة ولا كلام فيه ولان لفظ الخلع يدل على
الطلاق لا على الفسخ لانه مأخوذ من الخلع وهو النزع والنزع اخراج
الشي من الشي في اللغة **قال الله تعالى** ونزعنا ما في صدورهم من غل
اي اخرجنا وقال تعالى ونزع يده اي اخرجها من جيبه فكان معنى قوله
خلعها اي اخرجها عن ملك النكاح وهذا معنى الطلاق البائن وفسخ
النكاح رفعه من الاصل وجعله كان لم يكن رأسا فلا يتحقق فيه معنى
الاخراج واثبات حكم اللفظ على وجه يدل عليه اللفظ لغة اولى
ولان فسخ العقد لا يكون الا بالعوض الذي وقع عليه العقد كالاقالة
في باب البيع والخلع ما وقع عليه النكاح وعلى غيره جائز فلم يكن فسخا
واما الاية فلا حجة له فيها لان الخلع يرجع الى الطلاقين المذكورين الا
انه ذكرهما بغير عوض ثم ذكر بعوض **ثم** ذكر الثالثة بقوله فان طلقها
فلا يلزم الزيادة على الثلاث بل يجب حمله على هذا لئلا يلزمنا القول
بتغيير المشروع مع ما انه قد قيل ان معنى قوله تعالى فان طلقها اي
ثلاثا وبين حكم الطلقات الثلاث بقوله فلا تحل له من بعد حتى تنكح
زوجا غيره فلا يلزم من جعل الخلع طلاقا شرع الطلقة الرابعة
والله اعلم **واما** بيان كيفية هذا النوع **فنقول** وبالله التوفيق
له كيفيتان **احديهما** انه طلاق بائن لانه من كنايات الطلاق وانها
بوائن عندنا ولانه طلاق بعوض وقد ملك الزوج العوض بقبولها
فلا بد وان تملك هي نفسها تحقيقا للمعاوضة ولا تملك نفسها الا بالبائن
فيكون طلاقا بائنا ولانها انما بذلت العوض لتخليص نفسها عن حبالة
الزوج ولا تتخلص الا بالبائن لان الزوج يراجعها في الطلاق الرجعي
فلا تتخلص ويذهب مالها بغير شي وهذا لا يجوز فكان الواقع بائنا

والثانية انه من جانب الزوج يمين وتعليق الطلاق بالشرط وهو قبولها
العوض ومن جانبها معاوضة المال وهو تمليك المال بعوض حتى لو
ابتدأ الزوج الخلع فقال خالعتك على الف درهم لا يملك الزوج
الرجوع عنه ولا فسخه ولا نهي المرأة عن القبول ولا يبطل بقيامه عن
المجلس حتى لو كانت قبل قبولها قامت او كانت ولا يشترط حضور المرأة
بل يتوقف على ما وراء المجلس حتى لو كانت غائبة القبول لكن في مجلسها
لانه في جانبها معاوضة لما نذكر وله ان يعلقه بشرط ويضيفه الى
وقت نحو ان يقول اذا قدم زيد فقد خالعتك على الف درهم او يقول
خالعتك على الف درهم غدا او رأس الشهر يصح لان التعليق بالشرط
والاضافة الى الوقت تطليق عند وجود الشرط والوقت وكان قبولها
قبل ذلك هدرا ولو شرط الخيار لنفسه بان قال خالعتك على الف
درهم على اني بالخيار ثلاثة ايام لم يصح الشرط ويصح الخلع اذا قبلت
فان كان الابتداء من المرأة بان قالت اختلعت نفسي منك بالف درهم
فلها ان ترجع عنه قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها عن المجلس وبقيامه
ايضا ولا يقف على ما وراء المجلس بان كان الزوج غائبا حتى لو كان
بلغه الخبر وقبل لم يصح ولا يتعلق بشرط ولا يضاف الى وقت
ولو شرط الخيار لها بان قال خالعتك على الف درهم على انك بالخيار
ثلاثة ايام فقبلت جاز الشرط عند ابي حنيفة رحمه الله ويثبت لها
الخيار حتى انها اذا اختارت في المدة وقع الطلاق ووجب المال فان
ردت لا يقع الطلاق ولا يلزمها المال وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
ويثبت لها الخيار حتى انها اذا اختارت شرط الخيار باطل والطلاق
واقع والمال لازم وانما اختلف الجانبان في كيفية هذا النوع
لانه طلاق عندنا ومعلوم ان المرأة لا تملك الطلاق بل هو ملك
الزوج وهو قوله خالعتك فكان ذلك منه تطليقا الا انه علقه
بالشرط والطلاق يحتمل التعليق بالشرط والاضافة الى الوقت ولا
يحتمل الرجوع والفسخ ولا يتقيد بالمجلس ويقف على الغائب عن المجلس
ولا يحتمل شرط الخيار بل يبطل الشرط ويصح الطلاق **واما** في جانبها
فانه معاوضة المال لانه تمليك المال بعوض وهذا معنى معاوضة
المال فيراعى فيه احكام معاوضة المال كالبيع ونحوه وما ذكرنا من
احكامها الا ان ابا يوسف ومحمد رحمهما الله يقولان في مسئلة الخيار
ان الخيار انما شرع للفسخ والخلع لا يحتمل الفسخ لانه طلاق عندنا
وجواب ابي حنيفة رحمه الله عن هذا ان عمل الخيار في منع انعقاد العقد
في حق الحكم على اصل اصحابنا فلم يكن العقد منعقدا في حق الحكم للحال

بل موقوف على علمنا الى وقت سقوط الخيار فحينئذ نحكم على ما عرف في مسايل البيوع **واما** ركنه فهو الايجاب والقبول لانه عقد على الطلاق بعوض فلا تقع الفرقة ولا يستحق العوض بدون القبول بخلاف النوع الاول فانه اذا قال لها خالعتك ولم يذكر العوض ونوى الطلاق انه يقع الطلاق سوا قبلت او لم تقبل لان ذلك طلاق بغير عوض فلا يفتقر الى القبول وحضرة السلطان ليست بشرط لجواز الخلع عند عامة العلما فيجوز عند غير السلطان **وروي** عن الحسن البصري ومحمد بن سيرين انه لا يجوز الا عند السلطان **والصحيح** قول العامة **لما روي** ان عمر وعثمان وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم جوزوا الخلع بدون السلطان ولان النكاح جايز عند غير السلطان فكذا الخلع **ثم** الخلع ينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي في اللغه وهل ينعقد بلفظين يعبر باحدهما عن المستقبل وهو الامر والاستفهام فجملة الكلام فيه ان العقد لا يخلو اما ان يكون بصيغة الامر او بصيغة الاستفهام فان كان بلفظة الخلع على صيغة الامر فان كان البدل معلوما مذكورا بلا خلاف فان قال لها اخلعي نفسك مني بالف درهم فتقول خلعت وان لم يكن البدل مذكورا من جهة الزوج بان قال لها اخلعي نفسك مني فقالت خلعت بالف درهم لا يتم الخلع حتى يقول الزوج خلعت ٥ **والفرق** ان الامر بالخلع ببدل متقوم توكيل لها والواحد يتولى الخلع من الجانبين وان كان هذا النوع معاوضه والواحده لا يتولى عقد المعاوضه من الجانبين كالبيع لان الامتناع للتنافي في الحقوق المتعلقه ولا تنافي ههنا لان الحقوق في باب الخلع لا ترجع الى الوكيل ولهذا جاز ان يكون الواحد وكيلا عن الجانبين في باب النكاح وفي المسئلة الاولى لا يمكن جعل الامر توكيلا ٥ لجهالة البدل فلم يصح التوكيل فلو تم العقد بالواحد لصار الواحد مستزيدا او مستنقصا وهذا لا يجوز وان كان بصيغة الاستفهام بان قال الزوج لها خلعت نفسك مني بالف درهم فقالت خلعت **اختلف المشايخ** فيه قال بعضهم يتم العقد وقال بعضهم لا يتم ما لم يقل الزوج وبعضهم فصل فقال ان نوى به التحقيق يتم وان نوى به السوم لا يتم لان قوله خلعت نفسك مني يحتمل السوم بل ظاهره السوم ٥ لان معناه اطلب منك ان تخلعي نفسك مني فلا ينصرف الى التحقيق الا بالنيه فاذا نوى يصير بمعنى التوكيل والامر وان كان بلفظ البيع والشرا بان قال الزوج لها اشتري نفسك مني فان ذكر بدلا معلوما بان قال بالف درهم ونحو ذلك فقالت اشتريت **اختلف** المشايخ فيه

قال

قال بعضهم يتم العقد وقال بعضهم لا يتم ما لم يقل الزوج بعت والاول اصح لانه اذا ذكر بدل معلوما صح الامر والتوكيل والواحد يصلح وكيلا من الجانبين في الخلع لما بينا وكذا اذا قال لها بالفارسيه خويشتن از من بخر بهزار درم فهو على هذا وان لم يذكر البدل بان قال لها اشتري نفسك مني فقالت اشتريت لا يتم الخلع ولا يقع الطلاق ما لم يقل الزوج بعت وكذلك اذا قال لها بالفارسيه خويشتن از من بخر فقالت خريدم ولم يقل الزوج فروختم لا يتم الخلع ولا يقع الطلاق ولا تطلق حتى يقول الزوج فروختم **فرق** بين هذا وبين ما اذا قال لها بلفظة الخلع اخلعي نفسك مني ونوى الطلاق خلعت انها تطلق لان قوله لها اخلعي نفسك مني ونوى الطلاق خلعت انها تطلق لان قوله لها اخلعي مع نية الطلاق امرها بالطلاق بلفظة الخلع وانها تملك الطلاق بامر الزوج وتوكيله فصح التوكيل والامر فيتولى الخلع من الجانبين وقوله لها اشتري نفسك وخويشتن از من بخر امر بالخلع بعوض والعوض غير مقدر فلم يصح الامر وان كان بلفظ الاستفهام بان قال لها ابتعت نفسك مني فان ذكر بدلا معلوما بان قال بالف درهم او قال بمهرك او بنفقة عدتك فقالت ابتعت اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يتم ولا يقع الطلاق ٥ ما لم يقل الزوج بعت وبه اخذ الفقيه ابو الليث وقال ابو بكر الاسكاف يتم ويقع الطلاق وقال بعضهم لا يتم الا اذا اراد به التحقيق دون المساومه على ما ذكرنا في لفظ العربيه ٥ **والفرق** بين الاستفهام والامر على نحو ما بينا انها بالامر صارت وكيله اذ الامر بالخلع توكيل به اذا كان البدل مقدرا والواحد يصلح وكيلا من الجانبين في الخلع ولم يوجد الامر ههنا فلم يوجد التوكيل فبقي الشخص الواحد في عقد المعاوضه مستزيدا ومستنقصا وهذا لا يجوز وان لم يذكر البدل بان قال لها ابتعت نفسك مني فقالت ابتعت لا يتم ما لم يقل الزوج بعت لانه لا يتم في الامر فلان لا يتم في الاستفهام اولى والله اعلم وسوا كان القبول منها او من اجنبي بعد ان كان من اهل القبول لانها لو قبلت نفسها يلزمها البدل من غير ان تملك بمقابلته شيا بخلاف ما اذا اشترى شيا على ان البدل عليه ان ذلك لا يجوز لان هناك الاجنبي في معنى المشتري لان المشتري يملك بمقابلة البدل شيا والاجنبي فلا يجوز الجابه على من لا يملك بمقابلته شيا **فالحاصل** ان الاجنبي اذا قال للزوج اخلع امراتك على الف على اني ضامن الالف او قال على الف

وقال علي الفي هذه او عبدي هذا او على هذه الالف او على هذا العبد ه
ففعل صح الخلع واستحق المال ولو قال على الف درهم ولم يزد عليه وقف
على قبول الكل المراه ولو خلع ابنته وهي صغيره على مالها ذكر في الجامع
الصغير انه لا يجوز ولا يبين انه لا يجوز الخلع راسا او لا يجب البدل على
الصغيره **واختلف مشايخنا** رحمهم الله منهم من قال معناه اي لا يجب
عليها البدل فاما الطلاق فواقع ومنهم من قال معناه اي لا يجب عليها
الطلاق فاما انه لا يقع الطلاق ولا يجب المال عليها وذكر الطحاوي
في اختلاف العلما انه لا يقع الطلاق عند اصحابنا **وقيل** في المسئلة
روايتان **والحاصل** انه لا خلاف انه لا يجب المال عليها لان الخلع
في جانبها معاوضة المال بما ليس بمال والصغيره تتضرر بها وتصرف
الاضرار لا يدخل تحت ولاية الولي كالهبة والصدقة ونحوها وانما
الاختلاف في وقوع الطلاق **وجه القول الاول** ان صحة الخلع
لا يقف على وجوب العوض فان الخلع يصح على ما لا يصلح عوضا ه
كالميتة والدم والخمر والخنزير ونحو ذلك حتى يقع الطلاق ولا يجب
شي فلم يكن من ضرورة عدم وجوب المال عدم وقوع الطلاق ه
وجه القول الثاني ان الخلع متى وقع على بدل هو مال يتعلق
وقوع الطلاق بقبول يجب به المال وقبول الاب لا يجب به المال
لانه ليس له ولاية القبول على الصغيره لكونه ضررا بها فان
خلعها الاب على الف على ان الاب ضامن فالخلع واقع والالف
عليه لما ذكرنا ان من شرط صحة الخلع في حق وقوع الطلاق ووجوب
البدل قبول ما لا يصلح بدلا ممن هو من اهل القبول والمراه والاب
والاجنبي في هذا سوا **واما** شرط وجوب العوض وهو المسمي
في عقد الخلع شرطان **احدهما** قبول العوض لان قبول العوض
لما هو شرط وقوع الفرقة من جانبه فهو شرط لزوم العوض من ه
جانبها لما ذكرنا سوا كان العوض المذكور في الخلع مهرها الذي ه
استحقته بعقد النكاح من المسمي ومهر المثل او مال اخر وهو المسمي
بالجعل فهذا الشرط يعم العوضين جميعا **والثاني** يخص الجعل
لان ما صلح عوضا في النكاح يصلح عوضا في الخلع من طريق الاولي
وليس كل ما يصلح عوضا في الخلع يصلح عوضا في النكاح لان باب الخلع
اوسع وهو يتحملها لا يتحملها النكاح على ما نذكر لذلك ه
فنقول وجوب المسمي يشرط لم يشترط في النكاح لوجوب المسمي وهو
تسمية مال معلوم متقوم موجود وقت الخلع معلوم او مجهول
جهالة قليلة او كثيرة اذا لم تكن فاحشة فان وجد هذا الشرط

وجب

وجب الجعل والا فلا يجب وهل يجب عليها بدل ما استحقته من المسمي
او مهر المثل بعقد النكاح ينظر ان كان المسمي مالا متقوما يجب وان
كان معدوما وقت الخلع او مجهولا جهالة متفاحشة كجهالة الجنس
وما يجري مجراها وان لم يكن المسمي مالا متقوما فلا شي عليها اصلا
وتقع الفرقة **ثم** الجعل في الخلع ان كان مما يصح تسميته مهرا في النكاح
فحكمه حكم المهر اعني ان المسمي في النكاح ان كان مما يخير الزوج بين
تسليمه او تسليم قيمته ففي الخلع يخير المراه كالعبد
والفرس ونحو ذلك لان المسمي في العقدين جميعا عوض عن ملك ه
النكاح الا انه في احدهما عوض عنه ثبوتا وفي الاخر سقوطا فيعتبر
احد العقدين بالاخر في هذا الحكم والقيمة فيجب فيها يجب الوسط
اصل لان كونه وسطا يعرف بها على ما مر في كتاب النكاح والله اعلم
وبيان هذه الشرايط في مسايل اذا خلع امراته على ميتة او
دم او خمر او خنزير وقعت الفرقة ولا شي له على المراه من الجعل
ولا يرد من مهرها شيا **اما** وقوع الفرقة فلان الخلع بعوض ه
معلق بقبول المراه ما جعل عوضا ذكرا وتسمية سوا كان المسمي
مما يصلح عوضا او لا لا بد من جانب الزوج تعليق الطلاق
بشرط القبول وقد قبلت فصار كانه صرح بتعليق الطلاق
بقبولها العوض المذكور فقبلت ولو كان كذلك لوقع الطلاق
اذا قبلت كذا هذا **واما** عدم وجوب شي له على المراه فلان
الخلع طلاق والطلاق قد يكون بعوض وقد يكون بغير عوض
والميتة والدم ليس بمال في حق احد فلا يصلح عوضا والخمر والخنزير
لا قيمة لهما في حق المسلمين فلم يصلحا عوضين في حقهم فلم يصلح
تسمية شي من ذلك فاذا جعلها عليه فقد رضي بالفرقة بغير
عوض فلا يلزمها شي ولان الخلع من جانب الزوج اسقاط
الملك واسقاط الملك قد يكون بعوض وقد يكون بغير عوض
كالاعتاق فاذا ذكر ما لا يصلح عوضا اصلا او ما لا يصلح ه
عوضا في حق المسلمين فقد رضي بالاسقاط بلا عوض فلا ه
يستحق عليها شيا ولان منافع البضع عند الخروج عن
ملك الزوج غير متقومة لان المنافع في الاصل ليست ه
باموال متقومة الا انها جعلت متقومة عند المقابلة بالمال
المتقوم فعند المقابلة بما ليس بمال متقوم يبقي على الاصل
ولانها اذا اخذت حكم التقوم في باب النكاح عند الدخول
في ملك الزوج احتراما لها تعظيما للادمي لكونها سبب لحصوله

مجعلت متقومة شرعا صيانة لها عن الابتذال والحاجة الى الصيانة
عند الدخول في الملك لا عند الخروج عن الملك لان بالخروج يزول ٥
الابتذال فلا حاجة الى التقوم فبقيت على الاصل وحصل الفرق بما
ذكرنا بين الخلع على هذه الاشيا وبين النكاح عليها ان هناك يجب مهر
المثل لان النكاح لم يشرع الا بعوض لما ذكرنا في مسايل النكاح ٥
والمذكور لا يصلح عوضا فالتحق ذكره بالعدم ووجب العوض الاصلي
وهو مهر المثل **فاما** الخلع فالعوض فيه غير لازم بل هو مشروع ٥
بعوض وبغير عوض فلم يكن من ضرورة صحته لزوم العوض وكذا
النكاح تمليك البضع بعوض وبغير عوض والخلع اسقاط الملك
بعوض وغير عوض وكذا منافع البضع عند الدخول اعطي لها حكم
التقوم شرعا لكونها وسيلة الى حصول الادمي المكرم والخلع ٥
ابطال معنى التوسل فلا يظهر معنى التقوم فيه **ولو** خالعها
على شي اشارت اليه مجهول فقالت على ما في بطون غنمي او نعمي من
ولد او على ما في ضروعها من لبن او على ما في بطن جاريتي من ولد
او على ما في نخلي او شجري من ثمر فان كان هناك شي فهو له عندنا
وقال الشافعي رحمه الله لا شي له **وجه قوله** ان الجنين في البطن ٥
واللبن في الضرع لا يصلح عوضا في الخلع لانه غير مقدور التسليم
ولهذا لم يصح عوضا في النكاح كذا في الخلع لانه غير مقدور التسليم
والدليل عليه انه لا يجوز بيعه والاصل عنده ان كل ما لا يجوز بيعه
لا يصلح عوضا في الخلع **ولنا** الفرق بين الخلع وبين النكاح
وهو ان باب الخلع اوسع من باب النكاح **الا ترى** انه لو خلعها على
عبد له ابق صحت التسمية ولو تزوجها عليه لم تصح التسمية فيصح ٥
اضافته الى ما هو مال متقوم موجود كما يصح اضافته الى العبد
الابق بل اولى لان ذلك له خطر الوجود والعدم وهذا موجود
ولهذا تبين ان القدرة على تسليم البدل ليست بشرط في الخلع
فانه جايز على العبد الابق والقدرة على تسليمه غير ثابتة بخلاف
البيع فان القدرة على تسليم المبيع شرط وان لم يكن هناك شي ٥
ردت عليه ما استحقت بعقد النكاح لانها لما سمت مالا متقوما
فقد غرته بتسمية المال المتقوم فصارت ملتزمة تسليم مال
متقوم ضامنة له ذلك والزوج لم يرض بزوال ملكه الا
بعوض هو مال متقوم وقد تعذر عليه الوصول اليه لعدمه ولا
سبيل له الى الرجوع الى القيمة المذكورة لجهالتها ولا الى قيمة البضع
لما لا قيمة للبضع عند الخروج عن الملك لما ذكرنا فوجب الرجوع

الى ما تقوم البضع به على الزوج عند الدخول وهو ما استحقته المراه
من المسمى او مهر المثل وكذلك اذا قالت على ما في بيتي من متاع انه ان
كان هناك متاع فهو له وان لم يكن رجع عليها بالمهر لانها غرته بمال
متقوم فيلزمها ضمان الغرور وهو رد المهر المستحق لما قلناه
ولو قالت على ما في بطن غنمي او ضروعها او على ما في نخلي او شجري ٥
او بيتي ولم تزد على ذلك فان كان هناك شي اخذه لان التسمية
وقعت على مال متقوم موجود لكنه مجهول لكن الجهالة ليست بمتفاحشة
فلا يمنع استحقاق المسمى وان لم يكن هناك شي اخذه لان التسمية
وقعت على مال متقوم موجود لكنه مجهول لكن الجهالة ليست بمتفاحشة
فلا يمنع استحقاق المسمى وان لم يكن هناك شي فلا شي له لانعدام
تسمية مال متقوم لانها ذكرت ما في بطنها وقد يكون في بطنها ٥
مال متقوم وقد لا يكون فلم تصر بذكره غارة زوجها بل الزوج
هو الذي غر نفسه والرجوع بحكم الغرور ولا غرور منها فلا يرجع
عليها بشي وان قالت اختلعت منك على ما تلد غنمي او تحلب او
تثمر نخلي او شجري او على ما ارث العام او اكتسبه او ما استغل
من عقاري فقبل الزوج وقعت الفرقة عليها ان ترد ما استحقت
من المهر وان ولدت الغنم واثمرت النخل والشجر اما وقوع الفرقة
فلما ذكرنا ان ذلك يقف على قبول ما جعل عوضا صحت تسميته
عوضا اولا **واما** وجوب رد المستحق فلانه لا سبيل الى استحقاق
المسمى لكونه معدوما وقت الخلع يجوز ان يوجد ويجوز ان لا يوجد
واستحقاق المعدوم الذي له خطر الوجود والعدم في عقد
ولحد المعاوضة لم يرد به الشرع وورد بتحمل الجهالة اذا لم
تختلف المعقود في قدر ما يتحمل منها باختلافها في احتمال السعة
والضيق ولا سبيل الى اهدار التسمية راسا لانها سمت
مالا متقوما فلزم الرجوع الى المهر المستحق بعقد النكاح ٥
ولو قالت اخلعني على ما في يدي من دراهم او دنانير او فلوس
فان كان في يدها شي من ذلك فهو له قل او كثر لانها سمت مالا ٥
متقوما فلزم والمسمى موجود فصحت التسمية وان كان المسمى ٥
مجهول القيمة فله ما في يدها من الجنس المذكور قل او كثر لانه
ذكره باسم الجمع ويتناول الثلث فصاعدا وان لم يكن في يدها
شي او كان اقل من ثلثه فعليها من كل صنف سمته ثلثه وزنا
في الدراهم والدنانير وعددا في الفلوس لوجود تسمية المال
المتقوم لان الدراهم والدنانير والفلوس اموال متقومة

والمذكور بلفظ الجمع واقل الجمع الصحيح ثلاثه فينصرف اليها وبتعين
المسمي كما في الوصيه كالحقيه بالدراهم بخلاف النكاح والعتق فانه اذا تزوج
امراة علي ما في يده من الدراهم وليس في يده شي يجب عليه قيمه نفسه
لان منافع البضع ليست متقومه عند الخروج عن الملك فلا يشترطه
كون المسمي معلوما واعتبر المسمي مع جهالته في نفسه وحمل علي المتيقن
بخلاف النكاح لان منافع البضع عند الدخول في الملك متقومه
وكذا العبد متقوم في نفسه فلا ضروره الي اعتبار المسمي المجهول
ولو قالت علي ما في يدي ولم يزد عليه فان كان في يدها شي فهو
له لان التسميه وقعت علي مال متقوم موجود فصحت واستحق عليها
ما في يدها قل او كثر لان كلمه ما عامه فيها لا يعلم وان لم يكن
في يدها شي فلا شي له لانه اذا لم يكن في يدها شي فلم يوجد
تسميه مال متقوم لانها سمت ما في يدها وقد يكون في يدها
مال متقوم وقد لا يكون فلم يوجد شرط وجوب المسمي فلا يلزمها
شي ولو اختلعت الامه من زوجها علي جعل بغير اذن مولاها
وقع الطلاق ولا شي عليها من الجعل حتي تعتق اما وقوع الطلاق
فلانه يقف علي قبول ما جعل عوضا وقد جعل وجد واما وجوب
الجعل بعد العتق فلانها سميت مالا متقوما موجودا وانه
معلوم ايضا وهي من اهل التسميه فصحت التسميه الا انه تعذر
الوجوب للحال لحق المولي فتاخر الي ما بعد العتاق وان كان
باذن المولي لزمها الجعل وتباع فيه لانه دين ظهر في حقه
المولي فتباع فيه كسائر الديون والمكاتبه اذا اختلعت من
زوجها علي جعل يجوز الخلع ويقع الطلاق ويتاخر الجعل الي
ما بعد العتق وان اذن لها المولي لان رقبتها لا تحتمل البيع فلا
يحتمل تعلق الدين بها ولو خلع امراته علي رضاع ابنه سنتين
جاز الخلع وعليها ان ترضعه سنتين فان مات ابنها قبل ان
ترضعه شيا بجعل يرجع عليها بقيمه الرضاع للمده وان مات
في بعض المده رجع عليها بقيمه ما بقي لان الرضاع مما يصلح الاستيجار
عليه قال الله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن
فيصح ان يجعل جعلا في الخلع وهلاك الولد قبل الرضاع كهلاك
عوض اختلعت عليه فهلك في يدها قبل التسليم فيرجع الي
قيمته ولو شرط عليها نفقه الولد بعد الحولين وضرب لذلكه
اجلا اربع سنين او ثلاث سنين فذلك باطل وان هلك الولد
قبل تمام الرضاع فلا شي عليها لان النفقه ليس لها مقدار معلوم

فكانت

فكانت الجهاله متفاحشه فلا يلزمها شي ولكن الطلاق واقع لما ذكرنا
ولو اختلعت في مرضها فهو من الثلث لانها متبرعه في قبول البدل
فيعتبر من الثلث فان ماتت في العده فله الاقل من ذلك ومن
ميراثه منها ولو خلعها علي حكمه او حكمها او حكم اجنبي فعليها المهر الذي
استحقته بعقد النكاح لان الخلع علي الحكم خلع بتسميه فاسده
لتفاحش الجهاله والخطر ايضا فلم تصح التسميه فلا يستحق المسمي
ويرجع عليها بالمهر لان الخلع علي الحكم خلع علي ما يقع به الحكم
ولا يقع الحكم الا بمال متقوم عاده فكان الخلع علي الحكم خلعا
علي مال متقوم فقد غرته بتسميه مال متقوم الا انه لا سبيل
الي استحقاق ما يقع به الحكم لكونه مجهولا جهاله متفاحشه لجهاله
الجنس فيرجع الي ما استحقته بالمهر ثم ينظر ان كان الحكم الي الزوج
فان حكم بمقدار المهر تجبر المراه علي تسليم ذلك لانه حكم بالقدر
المستحق وكذلك ان حكم باقل من مقدار المهر لانه حط بعضه
وهو يملك حط بعضه لانه يملك حط الكل والبعض اولي وان حكم
باكثر من المهر لم يلزمها الزياده لانه حكم لنفسه باكثر من القدر
المستحق فلا تصح الا برضاها وان كان الحكم اليها فان حكمت بقدر
المهر جاز ذلك لانها حكمت علي نفسها بالزياده وهي تملك بذل
الزياده وان حكمت باقل من مهر المثل لم يجز الا برضا الزوج
لانها جعلت بعض ما عليها وهي لا تملك حط ما عليها وان كان الحكم
الي اجنبي فان حكم بقدر المهر جاز وان حكم بزياده او نقصان
لم تجز الزياده الا برضا المراه ولا النقصان الا برضا الزوج
لان في الزياده ابطال حق المراه وفي النقصان ابطال حقه
الزوج فلا يجوز من غير رضا صاحب الحق ولو اختلفا في جنس
ما وقع عليه الخلع او نوعه او قدره او صفته فالقول قول
المراه وعلي الزوج البينه لان قبول البدل منها والزوج
يدعي عليها شيا وهي تنكر فكان القول قولها ولو قال لها
طلقتك امس علي الف درهم او بالف درهم فلم تقبلي فقالت
لا بل كنت قبلت فالقول قول الزوج فرق بين هذا
وبينما اذا قال لانسان بعتك هذا العبد امس بالف درهم
فلم تقبل فقال لا بل قبلت فالقول قول المشتري ووجه
الفرق ان الزوج في مساله الطلاق لم يصر مناقضا
في قوله فلم تقبلي لان قول الرجل لامراته طلقتك امس علي الف
درهم يسمي طلاقا علي الف قبلت المراه او لم تقبل فلم يكن الزوج

بالقدر المستحق وكذلك
ان حكمت باكثر من مهر مثل
لانها حاكمة

في قوله فلم يسلم مناقضا بخلاف البيع لان الايجاب بدون القبول لا يسمى
فكان الاقرار بالايجاب اقرارا بالمقبول فصار البائع مناقضا في قوله
فلم يقبل ولان المراه في باب الطلاق تدعي وقوع الطلاق لانها تدعي وجود
الشرط والزوج ينكر الوقوع لانكاره شرط الوقوع فكان القول قول المنكر
واما بيان قدر ما يحل للزوج من اخذ العوض وما لا يحل **فجملة الكلام**
فيه ان النشوز لا يخلوا اما ان كان من قبل الزوج واما ان كان من
قبل المراه فان كان من قبل الزوج فلا يحل له اخذ شي من العوض
على الخلع لقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج واتيتم
احداهن قنطارا فلا تاخذوا منه شيا نهى عن اخذ شي مما اتاها
من المهر وكذا النهي بقوله تعالى ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما
اتيتموهن اي لا تضيقوا عليهن لتذهبوا ببعض ما اتيتموهن
اي لا تضيقوا عليهن لا تضيقوا الا ان ياتين بفاحشة مبينة
اي الا ان ينشزن نهي الازواج عن اخذ شي مما اعطوهن واستثنى حال
نشوزهن وحكم المستثنى يخالف حكم المستثنى منه فيقتضي حرمة
اخذ شي مما اعطوهن عند عدم النشوز منهن وهذا في حكم الديانه.
فان اخذ ذلك جاز ذلك في الحكم ولزم حتى لا يملك استرداده لان
الزوج استهلكه عنها بعوض رضيت به والزوج من اهل الاسقاط والمراه من اهل
المعاوضة والرضا فيجوز في الحكم والقضا وان كان النشوز من قبلها فلا باس
ان ياخذ منها قدر المهر لقوله تعالى الا ان ياتين بفاحشة مبينة اي الا
ان ينشزن والاستثنا من النهي اباحة من حيث الظاهر وقوله تعالى فلا
جناح عليهما فيما افتدت به قيل اي لا جناح على الزوج وعلى المراة الاعطا
واما الزيادة على قدر المهر ففيها روايتان **ذكر** في كتاب الطلاق انها
مكروهة وهكذا روي عن علي رضي الله عنه انه كره للزوج ان ياخذ منها
اكثر مما اعطاها وهو قول الحسن البصري وسعيد بن المسيب وبن جبير وطاوس
وذكر في الجامع الصغير انها غير مكروهة وهو قول عثمان البتي وبه اخذ
الشافعي **وجه هذه الروايه** ظاهر قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما
افتدت به رفع الجناح عنهما في الاخذ والاعطا في الفدا من غير فصل بينما
اذا كان المهر او زيادة عليه فيجب العمل باطلاق النص ولانها اعطت
مال نفسها بطيبة من نفسها **وقد قال الله تعالى** فان طبن لكم عن شي
منه نفسا فكلوه هنيا مريا بخلاف ما اذا كان النشوز من قبله لان النشوز
اذا كان من قبل الزوج كانت هي مجبورة في دفع المال لان الظاهر انها مع
رغبتها في الزوج لا تعطي الفدا الا اذا كانت مضطره من جهته باسباب
او مغتره بانواع التغرير والتزوير فكره الاخذ **وجه رواية الاصل**

قوله

قوله تعالى ولا يحل لكم ان تاخذوا مما اتيتموهن شيا الا ان يخافا الا يقيما
حدود الله الى قوله فلا جناح عليهما فيما افتدت به نهي عن اخذ شي مما
اعطاها من المهر واستثنى القدر الذي اعطاها من المهر عند خوفهما ترك اقامة
حدود الله تعالى لما نذكر والنهي عن اخذ شي من المهر نهي عن اخذ الزيادة
على المهر من طريق الاولى كالنهي عن التافيف يكون نهيا عن الضرب الذي
فوقه بالطريق الاولى **وروى** ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما قال
لامراة ثابت بن قيس بن شماس اتردين عليه حديقته قالت نعم وزيادة
قال اما الزيادة فلا نهي عن الزيادة مع كون النشوز من قبلها وبه تبين
ان المراد من قوله فيما افتدت قدر المهر لا الزيادة عليه وان كانت
ظاهره عاما عرفنا ذلك ببيان النبي صلى الله عليه وسلم الذي هو
وحي غير متلو **والدليل** عليه ايضا ان الله تعالى قال في صدر الايه
ولا يحل لكم ان تاخذوا مما اتيتموهن شيا ذكر في اول الايه ما اتاها
فكان المذكور في اخرها وهو قوله تعالى فيما افتدت به مردود الى
اولها فكان المراد من قوله فيما افتدت به اي بما اتاها ونحن به نقول
انه يحل له اخذ قدر ما اتاها واما قوله انها اعطته مال نفسها
بطيبه من نفسها فنعم لكن ذاك دليل الجواز وبه نقول ان الزياده
جايزه في الحكم والقضا ولان الخلع من جانبها معاوضة مال عن
الطلاق واسقاط ما عليها من الملك ودفع المال عوضا عما ليس بمال
جايز في الحكم اذا كان ذلك مما يرغب فيه الا ترى انه جاز العتق على
قليل المال وكثيره واخذ المال بدلا عن اسقاط الملك والرق وكذلك
الصلح عن دم العمد وكذلك النكاح لما جاز على اكثر من مهر مثلها
لانه بدل من سلامة البضع في الحالين جميعا الا انه نهي عن الزيادة
على قدر المثل لا لمعنى في نفس العقد بل لمعنى في غيره وهو شبهة الربا
والاضرار بها ولا يوجد ذلك في قدر المهر فيحل له اخذ قدر المهر
واما حكم الخلع فنقول وبالله التوفيق **يتعلق** بالخلع احكام
بعضها يعم كل طلاق باين وبعضها يخص الخلع **اما** الذي يعم كل طلاق
باين فنذكره في بيان حكم الطلاق ان شا الله تعالى **واما** الذي يخص الخلع
فالخلع لا يخلوا اما ان كان بغير بدل واما ان كان ببدل فان كان بغير بدل
بان قال خالعتك ونوى الطلاق فحكمه ان يقع الطلاق ولا يسقط شي من
المهر والنفقه الماضيه وان كان ببدل فان كان البدل هو المهر بان
خلعها على المهر فحكمه ان المهر ان كان غير مقبوض يسقط عن الزوج
ويسقط عنه النفقة الماضيه وان كان مقبوضا فعليها ان ترده
على الزوج وان كان البدل اخر سوى المهر فحكمه سقوط كل حكم وجب

بالنكاح قبل الخلع من المهر والنفقة الماضية ووجوب البدل حتى لو خلعها على
عبد او على مائة درهم ولم يذكر شيئا اخر فله ذلك ثم ان كان لم يعطها المهر
برئ ولم يكن لها عليه شيء سواء كان لم يدخل بها او كان قد دخل بها وان كان
قد اعطاها المهر لم يرجع عليها بشيء سواء كان بعد الدخول بها او قبل الدخول
بها وكذلك اذا بارأها على عبد او على مائة درهم فهو مثل الخلع في جميع
ما وصفنا وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف في المباراة
مثل قول ابي حنيفة وفي الخلع انه لا يسقط الا ما سميا وقال محمد لا يسقط في
الخلع والمباراة جميعا الا ما سميا حتى لو انه خلعها على مائة درهم ومهرها
الف درهم فان كان المهر غير مقبوض فانها لا ترجع عليه بشيء سواء كان الزوج
لم يدخل بها او كان قد دخل بها في قول ابي حنيفة رحمه الله وله عليها مائة
درهم وعندهما ان كان قبل الدخول بها فلها ان ترجع عليه بنصف المهر وذلك
خمسمائة وله عليها مائة درهم فيصير قدر المائة قصاصا فترجع عليه
باربعمائة وان كان بعد الدخول فلها ان ترجع عليه بكل المهر الا قدر المائة
فترجع عليه بالمائة وان كان المهر مقبوضا فله عليها المائة لا غير
وليس له ان يرجع عليها بشيء وهكذا الجواب في المباراة عند محمد
رحمه الله والحاصل ان ههنا ثلاث مسائل الخلع والمباراة
والطلاق على مال ولا خلاف بينهم في الطلاق على مال انه لا يبرأ به
عن سائر الحقوق التي وجبت لها بسبب النكاح انها لا تسقط بهذه
التصرفات واما الخلاف بينهم في الخلع والمباراة واتفق جواب ابي حنيفة
وابي يوسف رحمه الله في المباراة واختلف جوابهما في الخلع واتفق
جواب ابي يوسف ومحمد في الخلع واختلف في المباراة فابو يوسف
مع ابي حنيفة في المباراة ومع محمد في الخلع **وجه قول محمد** رحمه الله
ان الخلع طلاق بعوض فاشبه الطلاق على مال والجامع بينهما ان حق
الانسان لا يسقط من غير اسقاطه ولم يوجد في الموضعين الا اسقاط
ما سميا فلا يسقط ما لم يجر به التسمية ولهذا لم تسقط سائر الديون
التي تجب بسبب النكاح وكذا لا تسقط نفقة العدة الا بالتسمية
وان كانت من احكام النكاح كذا هذا **وجه قول ابي يوسف**
وهو الفرق بين الخلع وبين المباراة ان المباراة صريح في ايجاب البراءة
لانها اثبات البراءة نصا فيقتضي ثبوت البراءة مطلقا فيظهر في جميع
الحقوق الثابتة بينهما بسبب النكاح واما الخلع فليس نصا في ايجاب
البراءة لانه ليس في لفظه ما ينبئ عن البراءة انما تثبت البراءة مقتضاه
والثابت بطريق الاقتضاء لا يكون ثابتا من جميع الوجوه فتثبت
البراءة بقدر ما وقعت التسمية به لا غير **وجه قول ابي حنيفة** رحمه الله

ان الخلع في معنى المباراة لان المباراة مفاعلة من البراءة والابراء
اسقاط فكان اسقاطا من كل واحد من الزوجين الحقوق المتعلقة بالعقد
المتنازع فيه كالمتخاصمين في الديون اذا اصطلحا على مال سقط بالصلح جميع
ما تنازعا فيه كذا بالمباراة والخلع ماخوذ من الخلع وهو النزع والنزع
اخراج الشيء من الشيء فمعنى قولنا خلعها اي اخرجها من النكاح وذلك
باخراجها من سائر الاحكام المتعلقة بالنكاح وذلك انما يكون بسقوط
الاحكام الثابتة بالنكاح وهو معنى البراءة فكان الخلع في معنى البراءة
والعبرة في العقود للمعاني لا للالفاظ وقد خرج الجواب عما ذكره ابو
يوسف رحمه الله **واما** على قول محمد رحمه الله انه لم يوجد منها اسقاط
غير المسمى **فنقول** ان لم يوجد نصا فقد وجد دلالة لما ذكرنا ان لفظ
الخلع دليل عليه ولان قصدهما من الخلع قطع المنازعة وازالة الخلف
بينهما والمنازعة والخلف انما وقع في حقوق النكاح ولا تندفع
والخلف الا باسقاط حقوقه فكان ذلك تسمية منها لسائر الحقوق
المتعلقة بالنكاح دلالة بخلاف سائر الديون لانه لا تعلق لها
بالنكاح ولم تقع المنازعة فيها ولا في سببها فلا ينصرف الاسقاط
اليها وبخلاف الطلاق على مال لانه لا يدل على اسقاط الحقوق
الواجبة بالنكاح لا نصا ولا دلالة **واما** نفقة العدة فلانها
لم تكن واجبة قبل الخلع فلا يتصور اسقاطها بالخلع بخلاف النفقة
الماضية لانها كانت واجبة قبل الخلع بفرض القاضي والتراضي
فكان الخلع اسقاطا بعد الوجوب فصح ولو خلعها على نفقة العدة
صح ولا تجب النفقة ولو ابرأت الزوج عن النفقة في حال قيام النكاح
لا يصح الابراء وتجب النفقة لان النفقة في النكاح تجب شيئا فشيئا على
حسب حدوث الزمان يوما فيوما فكان الابراء عنها ابراء قبل الوجوب
فلم يصح واما نفقة العدة فانما تجب عند الخلع فكان الخلع عن
النفقة مانعا وجوبها ولا يصح الخلع على السكنى ولا الابراء عنه
ولكنه يبرأ عن مؤنة السكنى لان السكنى تجب حقا لله تعالى
قال الله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان ياتين
بفاحشة مبينة فلا يملك العبد اسقاطه **فصل** واما
الطلاق على مال فهو في احكامه كالخلع لان كل واحد منهما طلاق بعوض
فيعتبر في احدهما ما يعتبر في الآخر الا انهما يختلفان من وجه
وهو ان العوض اذا بطل في الخلع بان وقع الخلع على ما ليس بمال
متقوم يبقى الطلاق بائنا وفي الطلاق على مال اذا بطل العوض بان
سميا ما ليس بمال متقوم فالطلاق يكون رجعيا وانما كان كذلك

لان الخلع كناية والكنايات عندنا بائنات واما الطلاق على مال ٥
فصريح وانما تثبت البينونة فيه صريح بتسمية العوض اذا صحت التسمية
فاذا لم تصح التحقت بالعدم فبقي صريح الطلاق فيكون رجعيا ولو قال لها
انت طالق بالف درهم فقبلت طلقت وعليها الالف لان حرف الباء ٥
حرف الصاق فيقتضي التصاق البدل بالمبدل وكذلك لو قال انت طالق
بالف درهم فقبلت طلقت وعليها الالف لان حرف على الف درهم ٥
لان على كلمة شرط يقال زرتك على ان تزورني اي بشرط ان تزورني
وكذا لو قال لامراته انت طالق على ان تدخلي الدار كان دخول الدار
شرطا كما لو قال ان دخلت الدار كان دخول الدار شرطا كما لو قال
ان دخلت الدار وهي كلمة الزام ايضا فكان هذا ايقاع الطلاق بشرط
ان تعطيه الالف عقيب وقوع الطلاق ويلزمها الالف فيقع الطلاق
بقبولها ويجب عليها الالف ولو قال انت طالق وعليك الف درهم
طلقت المراة للرجعة ولا شي عليها من الالف سوا قبلت او لم تقبل
في قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا قبلت
طلقت بائنة وعليها الالف **وعلى هذا** الخلاف اذا قالت المراة
لزوجها طلقني ولك الف درهم فطلقها انه يقع طلقة رجعية ولا
يلزمها البدل في قول ابي حنيفة وعندهما يقع الطلاق وعليها الالف
وعلى هذا الخلاف اذا قال لعبده انت حر وعليك الف درهم ٥
انه يعتق سوا قبل او لم يقبل ولا شي عليه عنده وعندهما اذا قبل
يعتق وعليه الالف **وجه قولهما** ان هذه الواو واو حال فيقتضي
ان وجوب الالف حالا لوقوع الطلاق والعتاق لان هذه اللفظة
تستعمل في الابدال فان من قال لاخر احمل هذا الشي الى مكان كذا
ولك الف درهم فحمل يستحق الاجرة كما لو قال له احمله بدرهم ٥
وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان كل واحد من الكلامين كلام تام
بنفسه اعني قوله انت طالق وقوله عليك الف درهم لان كل واحد
منهما مبتدا وخبر فلا يجعل الثاني متصلا بالاول الا لضرورة ٥
والضرورة فيما كان الغالب فيه ان يكون بعوض كما في قوله احمل
هذا الشي الى بيتي ولك الف ولا ضرورة في الطلاق والعتاق
لان الغالب وجودهما بغير عوض فلا يجعل الثاني متصلا بالاول
من غير ضرورة واما قولهما الواو واو الحال ممنوع بل واو عطف
في الاخبار ومعناه اخبرك انك طالق واخبرك ان عليك الف درهم
ولو قالت المراة لزوجها طلقني ثلاثا على الف درهم فطلقها ثلاثا
يقع عليها ثلاث تطليقات بالف وهذا لا اشكال فيه ولو طلقها

واحده

واحدة وقعت واحدة رجعية بغير شي في قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو
يوسف ومحمد تقع واحدة بائنة بثلث الالف ولو قالت طلقني ثلاثا بالف
درهم ولا شك فيه ولو طلقها واحدة وقعت واحدة بائنة بثلث الالف
في قولهم جميعا **وجه قولهما** ان كلمة على في المعاملات وحرف البا سوا
يقال بعت منك بالف وبعت منك على الف ويفهم كل واحد منهما كون
الالف بدلا وكذا قول الرجل لغيره احمل هذا الشي الى بيتي على درهم ٥
وقوله بدرهم سوا حتى يستحق البدل فيهما جميعا والاصل ان اجزا البدل
ينقسم على اجزا المبدل اذا كان متعددا في نفسه فينقسم الالف على
الثلاث فيقع واحدة بثلث الالف كما لو ذكرت بحرف البا وكانت بائنة ٥
لانها طلاق بعوض **وجه قول ابي حنيفة** رحمه الله ان كلمة على كلمة
شرط لما بينا فكان وجود الطلقات الثلاث شرطا لوجوب الالف ٥
فكانت الطلقة الواحدة بعض الشرط والحكم لا يثبت بوجود بعض الشرط
فما لم يطلقها ثلاثا لا يستحق شيا من الالف بخلاف حرف البا فانها
حرف مبادلة فتقتضي انقسام البدل على المبدل فينقسم الالف
على التطليقات الثلاث فكان مقابلة كل واحدة ثلث الالف ولا
يشكل هذا بالعقد بما اذا قال لها طلقي نفسك ثلاثا بالف فطلقت
نفسها واحدة انه لا يقع شي لان الزوج لا يرضى بالبينونة الا بكل
الالف فلا يجوز وقوع البينونة ببعضها فاذا امرته بالطلاق ٥
فقالت طلقني ثلاثا بالف درهم فقد سالت الزوج ان يبينها ٥
بالف وقد اتاها باقل من ذلك فقد زادها خيرا ولا يشكل انها
سالته الابانة الغليظة بالف ولم يات بها بل اتى بالخفيفة
ولعل هذا اغلظ في الغليظة **والجواب** ان غرضها في استيفا ماله
مع حصول اصل البينونة الذي وضع لها الطلاق اشد واما قولهما
ان كلمة على تستعمل في الابدال فنعم لكن مجازا لا حقيقة ولا تترك
الحقيقة الا لضرورة وفي البيع ونحوه ضرورة ولا ضرورة في
الطلاق على ما بينا ان اعتبار الشرط يمنع الوجوب لما بينا ٥
واعتبار البدل يوجب فوقع الشك في الوجوب فلا يجب مع الشك
ولو قالت امراتاه طلقنا بالف درهم او على الف درهم فطلقهما
يقع الثلاث عليهما بالالف وهذا لا يشكل ولو طلق احدهما وقع ٥
الطلاق عليها بحصتها من الالف بالاجماع **والفرق** لابي حنيفة
رحمه الله بين هذه المسئلة وبين مسئلة الخلاف انه لا غرض لكل
واحد من المراتين في طلاق الاخرى فلم يعتبر الشرط وللمراة غرض
في اجتماع تطليقاتها لان ذلك اقوى للتحريم لثبوت البينونة الغليظة

بها فاعتبر معنى الشرط ولو قالت طلقني واحدة بالف فقال انت طالق ثلاثا ٥
وقع الثلاث مجانا بغير شي في قول ابي حنيفه رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله يقع ثلاث تطليقات كل واحدة منها بالف وهذه فريعة اصل ٥
ذكرناه فيما تقدم وهو ان من اصل ابي حنيفه ان الثلاث لا تصلح جوابا للواحده
فاذا قال ثلاثا فقد عدل عما سالته فصار مبتديا بالطلاق فيقع الثلاث
بغير شي ومن اصلهما ان في الثلاث ما يصلح جوابا للواحده لان الواحده ٥
توجد في الثلاث فقد اتي بما سالته وزياده فيلزمها الالف كانه قال
انت طالق واحده وواحده وواحده ولو قالت طلقني واحده بالف
فقال انت طالق ثلاثا بالف وقف على قبولها عند ابي حنيفه رحمه الله ٥
فان قبلت جاز والا بطل لانه عدل عما سالته فصار مبتديا بالطلاق ٥
بعوض فيتوقف على قبولها وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يقع الثلاث
واحده منها بالف كما سالت واثنتان بغير شي **وحكي** الجصاص عن الكرخي
انه قال رجع ابو يوسف في هذه المسيله الي قول ابي حنيفه **وذكر ابو يوسف**
في الامالي ان الثلاث يقع واحده منها بثلث الالف والاثنتين يتوقفان
على قبول المراه **قال** الشيخ ابو الحسين احمد القدوري رحمه الله ٥
وهذا صحيح على اصلهما لانها جعلت في مقابلة الواحده الفا فاذا اوقعها
بثلث الالف فقد زادها خيرا وابتدا تطليقتين بثلث الالف فوقف ذلك
على قبولها **فصل واما** الذي يرجع الي نفس الركن **فمنها** ان لا يلحقه استثنا
اصلا ورا سا سوا كان وضعيا او عرفيا عند عامة العلما رضي الله عنهم
وعند مالك رحمه الله الاستثنا العرفي لا يمنع وقوع الطلاق وسنذكر
المسيله ان شا الله تعالى **والكلام** في هذا الشرط يقع في مواضع **في** بيان انواع
الاستثنا **وفي** بيان ماهيه كل نوع **وفي** بيان شرايط صحته **اما الاول**
فالاستثنا في الاصل **نوعان** استثنا وضعي واستثنا عرفي **اما** الوضعي
فهو ان يكون بلفظ موضوع للاستثنا وهو كلمة الا وسوي وغير واشباه
ذلك **واما** العرفي فهو التعليق بمشيئة الله تعالى وانه ليس باستثنا في
في الوضع لانعدام كلمة الاستثنا بل الموجود كلمة الشرط الا انهم تعارفوا
اطلاق اسم الاستثنا على هذا النوع **قال الله تعالى** اذ اقسموا ليصرمنها
مصبحين ولا يستثنون اي لا يقولون ان شا الله تعالى وبينه وبين ٥
الاول مناسبه في معني ظاهر لفظ الاستثنا وهو المنع والصرف دون
الحقيقه فاطلق اسم الاستثنا عليه **وبعض مشايخنا** قال الاستثنا نوعان
استثنا تحصيل واستثنا تعطيل وسمي الاول استثنا تحصيل لانه تكلم
بالحاصل بعد الثنيا والثاني تعطيلا لما انه يتعطل الكلام به **واما**
بيان ماهيه كل نوع اما الاول فهو تكلم بالباقي بعد الثنيا وهذه العباره

هي المختاره

هي المختاره دون قولهم استخراج بعض الجملة الملفوظه لان القدر المستثني
اما ان دخل تحت نص المستثنا منه **واما** ان لم يدخل فان لم يدخل ٥
لا يتصور الاخراج وان دخل تعذر فصل الكلام لان نص المستثنا منه ٥
يثبت ونص الاستثنا ينفي ويستحيل ان يكون الحكم الواحد في زمان
مثبتا ومنفيا ولهذا فهم من قوله تعالى فلبث فيهم الف سنة الا خمسين
عاما ما ذكرنا حتي يصير التقدير كانه قال فلبث فيهم تسعمايه وخمسين
عاما لا معني الاخراج لئلا يودي الي الخلف في خبر الله سبحانه وتعالي
واما النوع الثاني فهو تعليق بالشرط الا ان الشرط اذا كان مما يوقف
على وجوده ينزل المعلق عند وجوده وان كان مما لا يعلم لا ينزل **و**هذا
النوع من التعليق من هذا القبيل لما نذكره **واما** شرط صحته فلصحة الاستثنا
شرايط **بعضها** يعم النوعين **وبعضها** يخص احدهما **اما** الذي يعمهما جميعا
فهو ان يكون الاستثنا موصولا بما قبله من الكلام عند عدم الضروره
حتي لو حصل الفصل بينهما بسكوت او غير ذلك من غير ضروره لا يصح
وهذا قول عامة العلما وعامة الصحابه الا شيا روي عن عبد الله بن ٥
عباس رضي الله عنهما ان هذا ليس بشرط ويصح متصلا ومنفصلا
واحتج بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لاغزون قريشا
ثم قال بعد سنة ان شا الله تعالى ولو لم يصح لما قال ولان الاستثنا
في معني التخصيص لان كل واحد منهما بيان ثم التخصيص يصح مقارنا ٥
ومتراخيا فكذا الاستثنا **ولنا** ان يكون متصلا ومنفصلا
ان الاصل في كلام تام بنفسه بان كان مبتدا وخبرا ان لا يتوقف حكمه على غيره
والتوقف عند الوصل لضروره وهي ضروره استدراك الغلط ٥
والضروره تندفع بالموصول فلا يتوقف عند عدم الوصل ولهذا لم يتوقف
على الشرط المنقطع فكذا على الاستثنا المنقطع ولانه عند عدم الوصل
ليس باستثنا لغه لان العرب لم تتكلم به ومن تكلم به لا يعدونه استثنا
بل يسخرون منه **وبهذا** يتبين ان الروايه عن ابن عباس لا تكاد تصح
لانه كان اماما في اللغه كما كان اماما في الشريعه **واما** التخصيص
المتراخي فعند بعض مشايخنا ليس ببيان بل هو نسخ فلا يلزم وعنده ٥
بعضهم بيان لكن الحاق البيان بالمجمل والعام الذي يمكن العمل بظاهره
متراخيا مشهور عندهم وانه كثير النظير في كتاب الله تعالى
واما الحديث ففيه انه قال بعد ذلك المقاله بسنه ان شا الله وليس
فيه انه قصد به تصحيح الاستثنا فيحمل انه اراد به استدراك الاستثنا
الماموربه في الكتاب **قال الله تعالى** ولا تقولن لشي اني فاعل ذلك غدا
الا ان يشا الله اي الا ان يقول ان شا الله فنسي ذلك فتدارك بعد سنه

فامر باستدراكه بقوله تعالى واذكر ربك اذا نسيت ويحتمل انه اضمر في نفسه
امرا واداره في قلبه وعزم عليه فاظهر الاستثناء بلسانه فقال ان شاء الله
ومثل هذا معتاد بين الناس فلا يصح الاحتجاج به مع الاحتمال ه
هذا الذي ذكرنا اذا كان الفصل من غير ضرورة فاما ان كان لضرورة
التنفس فلا يمنع الصحة ولا يعد فصلا الا ان يكون سكتة هكذا
روى هشام عن ابي يوسف رحمهما الله لان هذا النوع من الفصل مما لا يمكن
التحرز عنه فلا يعتبر فصلا ويعطى له حكم الوصل للضرورة **واما**
كون الاستثناء مسموعا فهل هو شرط ذكر الكرخي انه ليس بشرط حتى لو
حرك لسانه بالاستثناء واتى بحروف الاستثناء يصح وان لم يكن مسموعا
وذكر الفقيه ابو جعفر محمد الهندواني انه شرط ولا يصح الاستثناء
بدونه **وجه ما ذكره الكرخي** ان الكلام هو الحروف المنظومة وقد
وجدت فاما السماع فليس بشرط لكونه كلاما فان الاصم يصح استثناؤه
وان كان لا يسمع **و**الصحيح ما ذكره ابو جعفر لان الحروف المنظومة
ان كانت كلاما عند الكرخي وعندنا هي دلالة على الكلام وعبارة
عنه لا نفس الكلام في الغائب والشاهد جميعا فلم يوجد الحروف
المنظومة ههنا لان الحروف لا تتحقق بدون الاصوات المنقطعة
بتقطيع خاص فاذا لم يوجد الصوت لم يوجد الحروف فلم يوجد
الكلام عنده ولا دلالة الكلام عندنا فلم يكن استثناء والله الموفق
واما الذي يخص احد النوعين وهو الاستثناء الوضعي فهو ان يكون
المستثنى بعض المستثنى منه لا كله لما ذكرنا ان الاستثناء تكلم بالباقي
بعد الثنيا ولا يكون تكلما بالباقي الا ان يكون المستثنى بعض المستثنى
لا كله ولان الاستثناء يجري مجرى التخصيص والتخصيص يرد على
بعض افراد العموم لا على الكل لان ذلك يكون نسخا لا تخصيصا وكذا
الاستثناء نسخ الحكم يكون بعد ثبوته والطلاق بعد وقوعه ه
لا يحتمل النسخ فيبطل الاستثناء ومن مشايخنا من قال ان استثناء
الكل من الكل انما لا يصح لانه رجوع والطلاق مما لا يحتمل الرجوع
عنه وكذا العتاق وكذا الاقرار وهذا غير سديد لانه لو ه
كان كذلك لصح فيما يحتمل الرجوع وهو الوصية ومع هذا لا يصح حتى
لو قال اوصيت لفلان بثلث مالي الا ثلث مالي لم يصح الاستثناء ويصح
استثناء البعض من الكل سواء كان المستثنى اقل من المستثنى منه
او اكثر عند عامة العلماء وعامة اهل اللغة **وروي** عن ابي يوسف
انه لا يصح استثناء الاكثر من الاقل وهو قول الفراء رحمه الله ه
وجه قولهما ان الاستثناء من باب اللغة واهل اللغة لم يتكلموا

باستثناء الاكثر من الاقل ولان الاستثناء وضع في الاصل لاستدراك ه
الغلط والغلط يجري في الاقل لا في الاكثر **ولنا** ان اهل اللغة قالوا
الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا من غير فصل بين الاقل والاكثر الا انه
قل استعمالهم الاستثناء في مثله لقلة حاجتهم اليه لقلة وقوع الغلط ه
فيه وهذا لا يكون منهم اخراجا للفظ من ان يكون استثناء حقيقة كمن
اكل لحم الخنزير لا يمتنع احد من اهل اللسان من اطلاق القول بانه اكل
لحم الخنزير وان كان يقل استعمال هذه اللفظة لكن قلة استعمالها
لقلة وجود الاكل لا لانعدام معنى اللفظ حقيقة كذا ههنا **وعلى**
هذا يخرج مسائل هذا النوع اذا قال لامراته انت طالق ثلاثا
الا واحدة يقع ثنتان لان هذا استثناء صحيح لكونه تكلما بالباقي ه
بعد الثنيا والباقي بعد استثناء الواحدة من الثلاث ثنتان الا ان
للثنتين اسمين **احدهما** ثنتان والاخر ثلاث الا واحدة ولو قال الا
ثنتين يقع واحدة لان استثناء الاكثر من الاقل استثناء صحيح لما
ذكرنا ولو قال الا ثلاثا وقع الثلاث وبطل الاستثناء في قول ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف جاز استثناء الاولى والثانية
وبطل استثناء الثالثة ويلزمه واحدة **وجه قوله** ان استثناء ه
الاولى والثانية ان استثناء الاولى والثانية استثناء الاولى ه
والثانية استثناء البعض من الكل فصح الا انه لو سكت عليه لجاز
فاما استثناء الثالثة فاستثناء الكل من الكل فلم يصح فالتحق بالعدم
فيقع واحدة **وجه قول ابي حنيفة** ومحمد رحمهما الله ان اول الكلام
في الاستثناء يقف على اخره فكان استثناء الكل من الكل فلا يصح ه
فالتحق بالعدم كما لو قال انت طالق ثلاثا الا ثلاثا ولانه لما
قال الا واحدة وواحدة وواحدة فقد جمع بين الكل بحرف الجمع فصار
كانه قال الا ثلاثا ولو قال انت طالق واحدة وواحدة وواحدة
الا ثلاثا يقع الثلاث ويبطل الاستثناء في قولهم جميعا لان الاستثناء
اذا كان موصولا يتوقف اول الكلام على اخره فكان الاستثناء راجعا
الى الكل فبطل ولانه ذكر جملتين وجمع بين كل جملة بحرف الجمع فكان
استثناء الجملة من الجملة فلا يصح واذا قال انت طالق اثنتين ه
واثنتين الا اثنتين يقع ثنتان في قول ابي حنيفة يوسف ومحمد
رحمهما الله وقال زفر رحمه الله يقع ثلاث كذا ذكر الشيخ ابو الحسين
احمد القدوري ولم يذكر قول ابي حنيفة **وجه قول زفر** ان الاصل
في الاستثناء انه ينصرف الى ما يليه لانه اقرب اليه وهو متصل
به ايضا ولا ينصرف الى غيره الا بدليل ومتى انصرف الى ما يليه

كان استثنا الكل من الكل فلا يصح **وجه قولهما** ان الاستثنا يصح ما امكن
ولو جعلناه مما يليه لبطل ولو صرف الكل فلا يصح الى الجملتين يصح لانه
يصير مستثنيا من كل ثنتين واحدة فيبقى من كل جملة واحدة **وروى**
هشام بن عبد الله الرازي عن محمد رحمه الله فيمن قال انت طالق اثنتين
واثنتين واثنتين الا ثلاثا انه ثلاث لانه لا يمكن تصحيح الاستثنا
هاهنا لان اول الكلام في كل واحد من الجملتين وقف على اخره فصار
كانه قال انت طالق ثلاثا الا ثلاثا لانه لا يمكن ان يجعل الاستثنا
في الجملتين على السوا لانه يصير مستثنيا من كل جملة تطليقة ونصفا
وهذا استثنا جميع الجملة لان استثنا واحدة ونصف استثنا
ثنتين لان ذكر البعض فيما لا يتبعض ذكر لكله فكان استثنا الكل
من الكل ولا يمكن ان يجعل من احدى الجملتين لانه يكون استثنا الكل
من الكل وزيادة ولا يمكن ان يصرف اثنان من الثلاث الى جملة
واحدة الى جملة اخرى لان هذا خلاف تصرفه وانشا تصرف
اخر لم يوجد منه فتعذر تصحيح هذا الاستثنا من جميع الوجوه
فبطل والاشكال على القسم الاول ان ذكر البعض فيما لا يتبعض
لا يكون ذكر الكل في الاستثنا بل هو ملحق بالعدم بدليل انه لو
قال انت طالق ثلاثا الا واحدة ونصفا يقع عليها ثنتان ولو كان
ذكر بعض الطلاق ذكرا لكله في الاستثنا لوقع عليها واحدة
لانه يصير كانه قال انت طالق ثلاثا الا اثنتين وكان الفقه
في ذلك ان الاستثنا تكلم بالباقي بعد الثنيا فينظر الباقي والباقي
ههنا تطليقة ونصف تطليقة تطليقة كاملة فيقع ثنتان
كانه قال انت طالق واذا لم يصر ذكر البعض ذكرا للكل في الاستثنا
يصير مستثنيا من كل جملة تطليقة واحدة ويلغو واحدة من
الاستثنا وهذا اولى من الغا الكل فيجب ان يقع ثنتان كما في المسئلة
الاولى عندهما **وفي هذه المسئلة** اشكال على ما روى هشام عن محمد
وروى هشام ايضا عن محمد رحمه الله فيمن قال انت طالق اثنتين
واربعا الا خمسا انها تطلق ثلاثا لانه لا يمكن تصحيح الاستثنا
بالصرف الى الجملتين على الشيوع ولا بالصرف الى واحدة منهما
ولا بصرف البعض عينا الى جملة والبعض الى جملة اخرى لما قلنا
والاشكال على القسم الاول ما بينا **وقال** بشر عن ابي يوسف
رحمه الله فيمن قال لامراته انت طالق واحدة واثنتين الا اثنتين
انه ثلث وهو قول محمد رحمه الله والوجه فيه ما ذكرنا والاشكال على
القسم الاول ما بينا **هذا** اذا كان لفظ الاستثنا من جنس المستثنى

منه

منه فان كان شيئا خلاف جنسه يصح الاستثنا منه وان اتى على جميع المسمى نحو ان
يقول نسائي طوالق الا هولا وليس له نسا غيرهن فانه يصح الاستثنا
بالصرف الى الجملتين على الشيوع ولا بالصرف الى واحدة منهما ولا بصرف
البعض عينا الى جملة والبعض الى جملة اخرى لما قلنا والاشكال على القسم
الاول ما بينا **هذا** اذا كان لفظ الاستثنا ولا تطلق واحدة منهن
لان الاستثنا يعتبر فيه اللفظ والاشارة مع التسمية يختلفان لفظا فصح
الاستثنا بخلاف قوله نسائي طوالق وهذا اضافة الطلاق الى غير هولا
وقيل اذا كان هولا ما دون الاربع فاما اذا كن اربعا لا يصح الاستثنا
ويطلقن كلهن فيصير في التقدير كانه قال نسائي الا نسائي طوالق ولو قال
ذلك طلقن كذا هذا وكذلك هذا في العتاق اذا قال عبيدي كلهم احرار
الا عبيدي لا يصح الاستثنا وعتقوا جميعا ولو قال الا هولا وليس له
عبيد غير هولا لم يعتق واحد منهم وكذلك هذا في الوصية اذا قال
اوصيت بثلث لفلان او اوصيت لفلان بثلث مالي الا الف درهم
ومات وثلث ماله الف درهم صح الاستثنا وبطلت الوصية ولو قال
اوصيت بثلث مالي الا ثلث مالي لم يصح الاستثنا وكان للموصى له
ثلث ماله ولو قال انت طالق عشرا الا تسعا تقع واحدة والاصل
انه اذا تكلم بالطلاق باكثر من الثلث ثم استثنى منه فالاستثنا
يرجع الى جملة الكلام لا الى القدر الذي يصح وقوعه وهو الثلث خاصة
فيتبع اللفظ لا الحكم فلا يثبت الحكم في القدر المستثنى ويثبت فيما بقي قدر
ما يصح ثبوته لانه تكلم بالباقي بعد الثنيا فاذا قال انت طالق عشرا
الا تسعا يقع واحدة ولو قال الا ثمانية يقع ثنتان واذا قال سبعا
يقع ثلاث لما ذكرنا ان الاستثنا يتبع اللفظ لا الحكم فيصح الاستثنا
ودخل على الجملة الملفوظة وعمل فيها فتبين ان القدر المستثنى لم يدخل
في الجملة فلا يقع قدر ما دخل عليه الاستثنا ويقع الباقي وهو الثلاث
لانه مما يصح وقوعه وكذلك لو قال الا ستا او خمسا او اربعا او
ثلاثا او اثنتان او واحدة يقع ثلاث لان الثلاث هو الذي يصح وقوعه
مما بقي اذ لا يزيد الطلاق على الثلاث ولو قال انت طالق الا ثلاثا الا
واحدة يقع واحدة **والاصل** في مسايل الاستثنا من الاستثنا ان
تخريجها طريقتين **احدهما** ان ينظر الى الاستثنا الاخير فيجعل استثنا مما
يليه هكذا الى الاستثنا الاول ثم ينظر الى الاستثنا الاول فيستثنى
ذلك القدر من الجملة الملفوظة فما بقي منها فهو الواقع فاذا قال انت طالق
ثلاثا الا اثنتين ثلاثا الا واحدة يستثنى الواحد من الثلاث يبقى اثنتان
يستثنيهما من الثلاث فيبقى واحدة كانه قال طالق ثلاثا الا اثنتين وانه لو

الباقي من

انت طالق ثلاثا الا ثلاثا الا اثنتين يقع اثنتان لانك تستثني الا اثنتين
من الثلاث فتبقى واحدة تستثنيها من الثلاث فتبقى اثنتان فان قال انت
طالق ثلاثا الا ثلاثا الا اثنتين الا واحدة تقع واحدة لانك تستثني الواحدة
من اثنتين فتبقى واحدة تستثنيها من الثلاث فتبقى اثنتان تستثنيهما من
الثلاث فتبقى واحدة هي الواقع وكذلك ان قال انت طالق عشرا الا تسعا
الا ثمانية انك تستثني ثمانية من تسعة فتبقى واحدة تستثنيها من العشرة
فتبقى اثنتان كانه قال انت طالق عشرة تسعة كانه قال انت طالق
تسعة فتقع ثلاث فان قال انت طالق عشرا الا تسعا الا واحدة تقع ثنتان
لانك اذا استثنيت الواحدة من التسعة تبقى ثمانية تستثنيها من العشرة
فتبقى اثنتان كانه قال انت طالق عشرة الا ثمانية وعلى هذا جميع هذا
الوجه وقياسه **والثاني** يرجع الى عقد اليد وهو ان تعقد العدد الاول
بيمينك والثاني بيسارك والثالث بيمينك تضمه الى ما في يمينك والرابع
بيسارك تضمه الى ما بيسارك ثم يطرح ما اجتمع في يسارك من جملة ما اجتمع
في يمينك فما بقي في يمينك فهو الواقع **واما** مسايل النوع الثاني هي الاستثنا
وهو تعليق الطلاق بمشية الله تعالى **فنقول** وبالله التوفيق اذا علق
طلاق امراته بمشية الله تعالى يصح الاستثنا ولا يقع الطلاق سوا قدم
الطلاق على الاستثنا او اخر في الذكر بان قال انت طالق ان شا الله تعالى
او اخر عنه بان قال ان شا الله فانت طالق وهذا قول عامة العلما رضي
الله عنهم وقال مالك رحمه الله لا يصح الاستثنا والطلاق واقع وعلى هذا
طلاق العتق والنذر واليمين بمشية الله تعالى **وجه قوله** ان هذا تعليقا
بشرط لان الشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود ومشية الله تعالى ازلية
لا تحتمل العدم فكان هذا تعليقا بامر كاين فيكون تحقيقا لا تعليقا كما لو
قال انت طالق ان كان السما فوقنا **ولنا** قوله تعالى خبرا عن موسى
صلوات الله عليه ستجدني ان شا الله صابرا وصح استثناوه حتى لم يصر
بترك المصير بترك الصبر مخلفا في الوعد ولولا صحة الاستثنا لصار
مخلفا في الوعد بالصبر والخلف في الوعد لا يجوز والنبي معصوم عنه
وقوله تعالى ولا تقولن لشي اني فاعل ذلك غدا الا ان يشا الله ولو لم
يحصل به صيانة الخبر عن الخلف لم يكن للامر به معنى **وروي** عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من حلف بطلاق وعتاق وقال
ان شا الله فلا حنث عليه وهذا نص في الباب **وروي** انه صلى الله عليه
وسلم قال من استثنى فله ثنياه ولان تعليق الطلاق بمشية الله تعالى
تعليق بما لا يعلم وجوده لانا لا ندري انه شا وقوع الطلاق او لم يشا
على معنى ان وقوع هذا الطلاق هل دخل تحت مشية الله تعالى او لم يدخل

فان دخل وقع وان لم يدخل لا يقع لان ما شا الله كان وما لم يشا لم يكن فلا يقع
بالشك **وبه تبين** ان هذا ليس تعليقا بامر كاين ولان دخول الوقوع تحت
مشية الله تعالى غير معلوم وهذا هو تفسير تعليق الطلاق بمشية الله
تعالى **ومن** الناس من فرق بين الطلاق والعتاق **فقال** لا يقع الطلاق
ويقع العتاق وزعم بانه لو لم توجد المشية في الطلاق ووجدت في العتاق
لان الطلاق مكروه في الشرع والعتاق مندوب اليه وهذا مذهب المعتزلة
ان ارادة الله تعالى يتعلق بالقرب والطاعات لا بالمكاره والمعاصي
وان الله تعالى اراد كل خير وصلاح من العبد ثم العبد قد لا يفعله لسو
اختياره وبطلان مذهبهم يعرف في مسايل الكلام ثم الحصر نا قضهم احتج
قالوا فيمن حلف فقال لاصومن غدا ان شا الله او قال لاصلين ركعتين
او لاقضين دين فلان لمضي الغد ولم يفعل شيا من ذلك انه لا يحنث ولو
شا الله كل خير لحنث لان هذه الافعال خيرات وقد شاها عندهم وكذلك
لو قال انت طالق لو شا الله او قال ان لو يشا الله لما قلنا او قال الا ان
يشا الله لان معناه الا ان يشا الله ان لا يقع وذلك غير معلوم وكذلك لو
قال ما شا الله لان معناه الذي شا الله ولو قال انت طالق ان لم يشا الله
يكون المستثني لقوله ان شا الله لان هذا في الحقيقة تعليق بعدم دخول
الوقوع تحت مشية الله تعالى وذلك غير معلوم ولو قال انت طالق
وان شا الله او قال فان شا الله لم يكن استثنا عند ابي يوسف لانه
حال بين الطلاق وبين الاستثنا حرف حشو فيصير فاصلا بمنزلة
السكتة ويمنع التعليق بالشرط فيقع في الحال ولو قال انت طالق ثلاثا وثلاثا
ان شا الله لا يصح الاستثنا ويقع الثلاث في قول ابي حنيفة رحمه الله وقال
ابو يوسف ومحمد الاستثنا جايز **وعلى هذا الخلاف** اذا قال انت طالق
ثلاثا وواحدة ان شا الله **وجه قولهما** ان في الاستثنا الموصول يتوقف اول
الكلام على اخره فكان قوله ثلاثا وثلاثا كلاما واحدا فيعمل فيه الاستثنا
كما لو قال انت طالق ستا ان شا الله تعالى ولانه جمع بين الجملتين بحرف
الجمع وهو حرف الواو فصارا كما لو ذكرهما بلفظ واحد فقال انت طالق
ستا ان شا الله تعالى **وجه قول ابي حنيفة** رحمه الله ان العدد الثاني
وقع لغوا لانه لا يتعلق به حكم اذ لا مزيد للطلاق على الثلاث فصار
فاصلا فمنع صحة الاستثنا كما لو سكت بخلاف ما اذا قال انت طالق ستا
لانه ذكر الكل جملة واحدة فلا يمكن فصل البعض عن البعض ولو قال انت
طالق واحدة وثلاثا ان شا الله جاز الاستثنا في قولهم جميعا لان الكلام
الثاني ههنا ليس بلغو لانه جملة يتعلق بها حكم فلم يصر فاصلا بخلاف
الفصل الاول ولو جمع بين جملتين بحرف الواو ثم قال في اخرهما ان شا الله بان قال

امرأته طالق وعبده حر ان شاء الله انصرف الاستثناء الى الجملتين جميعا حتى لا
يقع الطلاق والعتاق بالاتفاق وكذا اذا ذكر الشرط في اخر الجملتين بان
قال ان دخلت الدار او ان كلمت فلانا ولو قال لزيد على الف درهم ولعمرو على
الف درهم الا خمسمائة انصرف الاستثناء الى الجملة الاخيرة عند عامة العلماء
وقال بعضهم ينصرف الى جميع ما تقدم من الجمل وبه اخذ الشافعي رحمه الله
وعلى هذا الاصل بنوا مسئلة المحدود في القذف اذا تاب وتشهد لان
قوله تعالى الا الذين تابوا ينصرف الى ما يليه عندنا وعندهم الى جميع ما تقدم
وجه قول هولاء ان واو العطف اذا دخل بين كلامين يجعلهما كلاما واحدا كما في
قول القائل جاءني زيد وعمرو ومعناه جاءاني وكما اذا قال امرأته طالق وعبده
حر ان شاء الله او قال ان دخلت الدار انه يتعلق الامران جميعا بالشرط
وان كان كل واحد منهما جملة تامة لكن لما دخل بينهما حرف واو العطف جعل
كلاما واحدا بان قال لامرأته انت طالق وفلانة حتى يقع الطلاق عليهما كذا
ههنا **ولنا** ان الاصل في الاستثناء ان ينصرف الى ما يليه لانه اقرب
اليه ومتصل به ولانه ليس بكلام مفيد بنفسه مستقل بذاته فلا بد من ربطه
بغيره ليصير مفيدا وهذه الضرورة تندفع بالصرف الى ما يليه
فلا يصرف الى غيره من الجمل المتقدمة بدخول حرف العطف بين الجملتين
فيجعلهما كلاما واحدا وجملة واحدة وانما يجعل كلاما واحدا والجملتان
جملة واحدة بواو العطف اذا كانت احدى الجملتين ناقصة بحيث لو فصلت
عن الجملة الاخرى لا تكون مفيدة فاما اذا كانت كاملة بحيث لو فصلت
عن الاخرى كانت مفيدة فلا يجعلان كلاما واحدا لان الجمل للعطف الموجب
للشركة والشركة ثابتة بدون حرف الواو فكان الوصل والاشتراك
وعدمه سواء ولان جعل الكلامين كلاما واحدا خلاف الحقيقة فلا يصار اليه
الا لضرورة وهو ان يكون احدى الجملتين ناقصة في حق حصول غرض الحالف
اما جملة صورة او معنى كما في قول القائل جاءني زيد وعمرو فان الجملة
الثانية ناقصة لانها مبتدأ لا خبر له فجعلت كاملة بالاشتراك
بحرف الواو وكما في قول الرجل لامرأته زينب طالق وعمرة لما قلنا
او تكون ناقصة معنى في حق حصول غرض المتكلم كما في قوله امرأته
طالق وعبده حر ان شاء الله او ان دخلت الدار فان هناك احدى
الجملتين ناقصة في حق حصول غرض الحالف لان غرضه ان يجعلها
جزاء واحدا للشرط وان كان كل واحد في نفسه يصلح جزاء تاما وهذا
الغرض لا يحصل الا بالاشتراك والوصل فيكون احدهما بعض الجزاء فكان
جملة ناقصة في المعنى وهو تحصيل غرضه فيجعل كانه ناقص في اصل
الافادة ومثل هذه الضرورة لم توجد ههنا فبقيت كل جملة منفردة

بحكمها

بحكمها وان كانت معطوفة بحرف الواو وكما لو قال جاءني زيد وذهب عمرو
فان هذا عطف جملة على جملة بحرف الواو ولم تثبت الشركة بينهما في الخبر
لما قلنا كذا ههنا ولو ادخل الاستثناء على جملتين كل واحدة منهما يمين
بان قال امرأتي طالق ان دخلت الدار وعبدي حر ان كلمت فلانا ان شاء الله
انصرف الاستثناء الى ما يليه في قول ابي يوسف رحمه الله فتطلق امرأته
ولا يعتق عبده وقال محمد رحمه الله ينصرف الى الجملتين جميعا لا يقع الطلاق
ولا العتاق **وجه قول محمد** رحمه الله على نحو ما ذكرنا ان الكلام معطوف
بعضه على بعض بحرف العطف لانه عطف احدى الجملتين على الاخرى بحرف
الواو فيجعلهما كلاما واحدا كما في التنجيز بان يقول امرأته طالق وعبده
حر ان شاء الله تعالى واي فرق بين التنجيز والتعليق ووجه ابي يوسف
على نحو ما ذكرنا ان الاصل في الاستثناء ان ينصرف الى ما يليه وانما يصرف
الى غيره لتتميم الجملة الناقصة صورة ومعنى **اما** الصورة فظاهر
واما المعنى فلانه لما علق كل جزاء بشرط على حدة علم ان غرضه
ليس جعلهما جزاء واحدا وكان كل واحد منهما جزاء جملة تامة صورة
ومعنى من الطلاق والعتاق جزاء تاما وكان كل واحد منهما جزاء تاما
جملة تامة صورة ومعنى ولو قدم الاستثناء فقال ان شاء الله فانت
طالق فهو استثناء صحيح لانه وصل الطلاق بالاستثناء بحرف الوصل وهو
الفاء فيصح التعليق بمشيئة الله تعالى كما لو قال ان دخلت الدار فانت
طالق وكذا لو قال ان شاء الله وانت طالق لان الواو للجمع فتصير الجملة
كلاما واحدا ولو قال ان شاء الله انت طالق جاز الاستثناء في قول ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ولا يقع الطلاق وقال محمد رحمه الله
هو استثناء منقطع والطلاق واقع في القضاء ويدين فيما بينه وبين
الله تعالى انه اراد به الاستثناء **وجه قول محمد** رحمه الله ان الجزاء
اذا كان متاخرا عن الشرط لا بد من ذكر حرف الاتصال وهو حرف
الواو ليتصل الجزاء بالشرط فاذا لم يوجد لم يتصل فكان قوله ان شاء
الله استثناء منقطعا فلم يصح ويقع الطلاق كما اذا قال ان دخلت
الدار انت طالق فانه لا يتعلق لعدم حرف التعليق وهو حرف الفاء
فبقي تنجيزا فيقع الطلاق كذا ههنا **ولهما** ان الفاء تضمن في كلامه
تصحيحا للاستثناء والاضمار في مثل هذا الكلام جائز قال الشاعر

من يفعل الحسنات الله يشكرها ۝ والشر بالشر عند الله مثلان

اي فالله يشكرها اي يحمل الكلام على التقدم والتاخير في الكلام جائز
ايضا في اللغة وهذان الوجهان يقتضيان تصحيح الاستثناء فيما
بينه وبين الله تعالى لا في القضاء لان كل واحد منهما خلاف الظاهر

فلا يصدقه القاضي **الا ترى** انه اذا قال ان دخلت الدار انت طالق لا يتعلق
وان امكن تصحيح التعليق باحد هذين الطريقين لكن لما كان خلاف الظاهر لم
يتعلق ولا يصدق انه اراد به التعليق في القضا وانما يصدق فيما بينه وبين
الله تعالى لا غير كذا هاهنا **ووجه الفرق** بين المسئلتين ان الحاجة الى
ذكر حرف الفا في التعليق بساير الشروط اذا كان الجزا متاخرا عن الشرط
في الذكر ليتصل الجزا بالشرط فيوجد عند وجود الشرط لانه شرط يمكن
الوقوف عليه والعلم على تقدير وجوده فلا بد من وصل الجزا بالشرط
بحرف الوصل بخلاف التعليق بمشية الله تعالى ووقوع هذا الطلاق ه
مما لا سبيل لنا الى الوقوف عليه راسا حتى تقع الحاجة الى وصل الجزاء
به ليوجد عند وجوده فكان تعطيلا في علمنا فلا حاجة الى ذكر حرف الوصل
قبل هذا الشرط **والدليل** على التفرقة بين الشرطين انه اذا قال ان شا الله
وانت طالق يصح الاستثنا ولو قال ان دخلت الدار وانت طالق لا يصح
التعليق ويقع الطلاق للحال ولو قال عنيت به التعليق لا يصدق
ولا ديانة لما ذكرنا كذا هاهنا هذا كله اذا علق الطلاق بمشية الله
تعالى فاما اذا علق الطلاق بمشية غير الله تعالى فان علقه
بمشية من يوقف على مشيته من العباد بان قال ان شا زيد فالطلاق
موقوف على مشيته في المجلس الذي يعلم بالتعليق لان هذا النوع
من التعليق تمليك لما نذكر فيتقيد بالمجلس كساير التمليكات وان
علقه بمشية من لا يوقف على مشيته نحو ان يقول ان شا جبريل او
الملايكة او الجن او الشياطين فهو بمنزلة التعليق بمشية الله تعالى
لانه لا يوقف على مشية هولا كما لا يوقف على مشية الله تعالى فصار
كانه قال ان شا الله تعالى ولو جمع بين مشية الله تعالى وبين ه
مشية العباد فقال ان شا الله وشا زيد لم يقع الطلاق لانه علقه
بشرطين لا يعلم وجود احدهما والمعلق بشرطين لا ينزل عند وجود
احدهما كما لا ينزل لو قال ان شا زيد وعمرو فشا احدهما والله الموفق
ومنها ان لا يكون انتها الغاية فان كان لا يقع وهذا قول ابي
حنيفة وزفر رحمهما الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هذا ليس
بشرط ويقع وان جعل انتها الغاية وهل يشترط ان لا يكون ه
ابتدا الغاية فلاصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم لا يشترط وقال
زفر رحمه الله يشترط **والاصل** في هذا ان عند زفر رحمه الله الغايتان
لا يدخلان ان بقي بينهما وقع والا فلا وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
الغايتان تدخلان وعند ابي حنيفة رحمه الله تدخل الاولى لا الثانية
وبيان هذه الجملة اذا قال لامراته انت طالق من واحدة الى ثنتين

او ما بين واحدة الى اثنتين فهي واحدة عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما
هي ثنتان وعند زفر رحمه الله لا يقع شي **و**لو قال من واحدة الى ثلاث او ما بين
واحدة الى ثلاث فهي ثنتان في قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما هي ثلاث ه
وعند زفر هي واحدة **وجه قول زفر** رحمه الله ان كلمة من لابتدا الغاية
وكلمة الى لانتها الغاية يقال سرت من البصرة الى الكوفة اي البصرة كانت
ابتدا غاية المسير والكوفة كانت انتها الغاية والغاية لا تدخل تحت
ما ضربت له الغاية كما في البيع فانه اذا قال بعت منك من هذا الحائط الى
هذا الحائط فالحائطان لا يدخلان في البيع فكذا هذا لانه ايقاع ما ضربت
له الغاية لا الغاية فيقع ما ضربت له الغاية لا الغاية وكذا اذا قال
بعت ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط لا يدخل الحائطان في البيع كذا
هاهنا ولهذا لم يدخل احدى الغايتين عند ابي حنيفة كذا الاخرى ه
ولهما ان ما جعل غاية لا بد من وجوده اذ المعدوم لا يصلح غاية ومن
ضرورة وجوده وقوعه ولهذا دخلت الغاية الاولى فكذا الثانية
بخلاف البيع فان الغاية هناك كانت موجودة قبل البيع فلم يكن وجود
بالبيع فان الغاية هناك كانت موجودة قبل البيع فلم يكن وجودها بالبيع
ليكون من ضرورة وجودها بالبيع ضرورة دخولها فيه فلم يدخل وابو
حنيفة رحمه الله بنى الامر فيه على العرف والعادة فان الرجل يقول
في العرف لفلان علي من مائة الى الف ويريد به دخول الغاية الاولى
لا الثانية وكذا يقال سن فلان من تسعين الى مائة **وقيل** ان الاصمعي
الزم زفر هذا الفصل على باب الرشيد فقال له كم سنك فقال من
سبعين الى ثمانين وكان سنه اقل من ثمانين فتحير زفر ولان انتها
الغاية قد تدخل تحت ما ضربت له الغاية وقد لا تدخل **قال الله تعالى**
ثم اتموا الصيام الى الليل والليل لم يدخل تحت الامر بالصوم فيه فوقع
الشك في دخول الغاية الثانية في كلامه فلا يدخل مع الشك فان نوى
واحدة في قوله من واحدة الى ثلاث كما قال زفر دين فيما بينه وبين الله
تعالى لانه نوى ما يحتمله كلامه ولا يدين في القضا لانه خلاف الظاهر
وقيل على هذا الاصل في قوله انت طالق من واحدة اثنتين انه يقع الثلا
لان الغايتين تدخلان عندهما الا انه يحتمل انه جعل تلك الواحدة
داخلة في الثنتين ويحتمل انه جعلها غير الثنتين فلا تقع الزيادة على
الثنتين فلا تقع الزيادة على الثنتين بالشك **وكذا روي** عن ابي يوسف
رحمه الله انه قال في رجل قال لامراته انت طالق ثنتين الى ثنتين انه يقع
ثنتان لانه يحتمل ان يكون جعل الابتدا هو الغاية كانه قال انت طالق
من اثنتين اليهما **وروي** عن ابي يوسف انه قال اذا قال انت طالق ما بين

واحده وثالث وفي واحده لانه ما جعل الثلاث غايه وانما اوقع ما بين العددين
وهو واحده فتقع واحده وان قال انت طالق ما بين واحده الى اخرى ٥
او من واحده الى واحده فتقع واحده اما على الاصل فلان الغايه الاولى
تدخل ولا تدخل الثانيه فتقع واحده واما على اصلهما فالغايتان وان
كانتا تجمعًا بدخلان لكن يحتمل ان يكون المراد من قوله من واحده الى واحده اي
منها واليها فلا تقع اكثر من واحده واما على اصل زفر فالغايتان لا
لا يدخلان ولم يبق بينهما شي والله اعلم **ومنها** ان لا يكون مضروبًا فيه
فان كان لا يقع ويقع المضروب وهذا قول اصحابنا الثلاثه رضي الله عنهم وقال
زفر رحمه الله هذا ليس بشرط ويقع المضروب والمضروب فيه **وبيان ذلك**
فيمن قال لامراته انت طالق واحده في اثنتين او قال واحده في ثلث او ثنتين ٥
في اثنتين وجملة الجواب فيه ان نوى به الظرف والوعا لا يقع الا المضروب
لان الطلاق لا يصح ظرفًا وان نوى مع يقع مع المضروب والمضروب فيه
بقدر ما يصح وقوعه بلا خلاف وان نوى الضرب والحساب ولم يكن له نيه
يقع المضروب لا المضروب فيه عند اصحابنا الثلاثه وعند زفر يقع ٥
المضروب والمضروب فيه بقدر ما يصح وقوعه **وجه قوله** ان الواحد في ٥
اثنين اثنان على طريق الضرب والحساب والواحد في الثلاث ثلث والاثنان
في الاثنين اربع وهذا يقتضي وقوع المضروب والمضروب فيه كما لو جمع بينهما
بلفظ فقال انت طالق اثنتين او ثلاثًا او اربعًا الا ان العدد المجتمع له عبارتان
احديهما الاثنان والثلاث والاربع والاخرى واحد في اثنتين وواحد في ثلاث
واثنان في اثنين **ولنا** وجوه ثلاثه احدها ان الضرب انما يعتقد فيما له
مساحه فاما ما لا مساحة له فلا يعتقد فيه الضرب لانه تقدير ضرب
الاثنين في الاثنين خطان يضم اليهما اخران فمن هذا الوجه يقال اثنان
في اثنين اربعه والطلاق لا يحتمل المساحه فاذا نوى في عدد الطلاق ٥
الضرب فقد اراد محالًا فبطلت نيته **والثاني** ان الشي لا يتعدد بالضرب
وانما يكثر اجزاوه فواحد في اثنين واحد له جزوان واثنين في اثنين وكل واحد
اثنان لها اربعه اجزا وطلاق له جزو وطلاق له جزوان ٥
وثلاثه واربعه واكثر من ذلك سوا **والثالث** انه جعل المضروب فيه ظرفًا
للمظروف والطلاق لا يصلح ظرفًا اذ ظرف الشي هو المحتوي عليه ٥
ولا يتصور احتوا الطلاق على شي لان الاحتوا من خواص الاجسام فلا
يصلح ظرفًا للمضروب فلا يقع ولهذا لو قال لامراته انت طالق في دخول
الدار او قال لها انت طالق في حيضتك لا يقع الطلاق للحال لانه جعل
الدخول والحيض ظرفًا وانهما لا يصلحان ظرفًا لاستحاله تحقق معنى الظرف
فيهما الا انه يتعلق الطلاق بالدخول والحيض ويجعل في معنى مع لمناسبة

لان مع كلمة مقارنه والمظروف يقارن الظرف فصار كانه قال انت طالق
مع دخولك الدار ومع حيضتك وههنا لو اراد بفي مع يقع قوله في اثنين
او في ثلاث يقع الثلاث وكذا لو اراد بكلمه في حرف الواو لان الواو للجمع ٥
والظرف يجامع المظروف من جميع الجهات فيجوز استعمال كلمة الظرف على
اراده المقارنه او الاجتماع من جهة واحده والله الموفق للصواب
فصل واما الذي يرجع الى الوقت فهو مضي مدة الايلا هو شرط وقوع
الطلاق بالايلا حتى لا يقع الطلاق قبل مضي المده لان الايلا في حق احد
الحكمين وهو الطلاق طلاق معلق بشرط ترك الفي في مدة الايلا لقوله تعالى
وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم **روي** عن ابن عباس رضي الله عنهما
وغيره من الصحابه ان عزم الطلاق ترك الفي اليها اربعة اشهر فقد
حصل ترك الفي اربعة اشهر بشرط وقوع الطلاق في الايلا **والكلام** في الايلا
يقع في مواضع **في** تفسير الايلا لغة وشرعا **وفي** بيان ركن الايلا
وفي بيان ما يبطل به الايلا **وفي** بيان شرايط الركن **وفي** بيان حكم الايلا
اما تفسيره **فالايلا** في اللغة عبارة عن اليمين يقال الى اي حلف
ولهذا سميت اليه وجمعها الايا **قال الشاعر** ٥

قليل الالا يا حافظ ليمينه ۞ وان بدرت منه الاليه برت

وفي حرف ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم للذين يقسمون من نسايهم
والقسم واليمين من الاسما المترادفه **وقال الله تعالى** ولا ياتل اولوا
الفضل منكم اي ولا يحلف وفي الشريعة عباره عن اليمين على ترك الجماع
بشرايط مخصوصه نذكرها في موضعها ان شا الله تعالى **واما ركنه**
فهو اللفظ الدال على منع النفس عن الجماع في الفرج موكدا باليمين بالله ٥
تعالى او بصفاته او باليمين بالشرط والجزا حتى لو امتنع من جماعها ٥
او هجرها سنة او اكثر من ذلك لم يكن موليًا ما لم يات بلفظ يدل عليه
لان الايلا يمين لما ذكرنا واليمين تصرف قولي فلا بد من القول ولو
اتى بلفظ يدل عليه لان الايلا يمين لما ذكرنا واليمين تصرف قولي ٥
على نفي الجماع فيما دون الفرج لم يكن ذلك ايلا في حق حكم البر لان ٥
حكم البر انما يثبت لصيرورته ظالمًا بترك الجماع في الفرج لان حقها
فيه ولو ذكر لفظا يدل على منع نفسه عن الجماع بطريق يوكده باليمين
لم يكن ايلا لان الظلم بالمنع والمنع لا يتاكد الا باليمين **وقال الشافعي**
في القديم لا يكون موليًا الا بالحلف بالله تعالى فظاهر الايه يدفع هذا القول
لان الله تعالى قال للذين يولون من نسايهم فالايلا في اللغة عباره ٥
عن اليمين واسم اليمين يقع على اليمين بالله تعالى ويقع على اليمين بالشرط
والجزا لتحقق معنى اليمين وهو القوه **ولو حلف** بغير الله تعالى وبغير

الشرط والجزاء لا يكون موليا حتى لا تمس بمضي المدة من غير فيء ولا كفارة عليه لو قربها لانه ليس بيمين لانعدام معنى اليمين وهو القوة **وقال** النبي صلى الله عليه وسلم لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت فمن كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليصمت او ليذره **وروي** من حلف بغير الله فقد اشرك **اما الالفاظ** الدالة على منع النفس عن الجماع فانواع **فبعضها** صريح **و**بعضها يجري مجرى الصريح **و**بعضها كناية **اما** الصريح فلفظة المجامعة والنيك بان يحلف ان لا يجامعها
واما الذي يجري مجرى الصريح فلفظة القربان والوطي والمباضعة
والافتضاض في البكر بان يحلف ان لا يقربها ولا يطأها ولا يباضعها ولا يفتضها وهي بكر لان القربان المضاف الى المراة يراد به الجماع في العرف **قال الله تعالى** ولا تقربوهن حتى يطهرن وكذا الوطي المضاف الى النساء غلب استعماله في الجماع **قال** النبي صلى الله عليه وسلم في سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة
والمباضعة مفاعلة من البضع وهو الجماع او الفرج والافتضاض في العرف عبارة عن جماع البكر وهو كسر العذرة ماخوذ من الفض وهو الكسر وكذا اذا حلف لا يغتسل منها لان الاغتسال منها لا يكون الا بالجماع فاما الجماع في غير الفرج فالاغتسال لا يكون منها وانما يكون من الانزال **الا ترى** انه لو لم ينزل لا يجب الاغتسال وفي الجماع في الفرج لا يجب وجوب الاغتسال على وجوب الانزال فالاغتسال على وجود الانزال ولو قال لم اعن به الجماع لا يدين في القضاء لكونه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لان اللفظ يحتمله في الجملة
واما الكناية فنحو لفظة الاتيان والاصابة بان حلف لا ياتيها ولا يصيب منها يريد الجماع لانهما من كنايات الجماع لانهما يستعملان في الجماع وفي غيره استعمالا على السواء فلا بد للنية وكذا لفظة الغشيان يستعمل في الجماع **قال الله تعالى** فلما تغشاها اي جامعها ويستعمل في المجيء وفي الستر والتغطية **قال** الله تعالى يوم يغشاهم العذاب قيل ياتيهم وقيل يسترهم ويغطيهم فلا بد من النية وكذا اذا حلف لا يمس جلده جلدها وقال لم اعن به الجماع يصدق لانه يحتمل الجماع ويحتمل المس المطلق فيحنث بغير الجماع والايلاء ما وقف الحنث فيه على الجماع ولانه يمكنه جماعها بغير مماسة الجلد بان يلف ذكره بحرير فيجامعها وكذا اذا حلف لا يمسها لما قلنا وكذا اذا حلف لا يضاجعها ولا يقرب فراشها وقال لم اعن به الجماع فهو مصدق في القضاء لان هذا اللفظ يستعمل في الجماع ويستعمل في غيره استعمالا واحدا ولانه يمكنه جماعها من غير مضاجعة ولا قرب فراش ولو حلف لا يجمع راسي وراسك فان عني به الجماع

فهو مولي وان لم يعن به الجماع لم يكن موليا ولا يجتمعان على فراش ولا مرفقة لئلا يلزمه الكفارة وله جماعها من غير اجتماع على الفراش ولا شيء يجمع راسهما عليه ولو حلف لا يجمع راسي وراسك وسادة او لا يؤويني واياك بيت او لا ابيت معك في فراش فان عني به الجماع فهو مولي لانه يحتمل الجماع فيصح نيته وكيف ما جامعها فهو حانث وان لم يعن به الجماع فليس بمولي ولا يؤوي معها في بيت ولا يبيت معها على فراش ولا يجتمعان على وسادة لئلا يلزمه الكفارة ويطأها على الارض والبواري ولو حلف لاسوءنك او لاغيظنك لا يكون موليا الا اذا عني ترك الجماع لان المساءة قد تكون بترك الجماع وقد تكون بغيره وكذا الغيظ فلا بد من النية **واما** اليمين بالله تعالى وصفاته فهي الحلف باسم من اسماء الله تعالى او بصفة من صفاته بلفظ لا تستعمل في غير الصفة او تستعمل في الصفة وفي غيرها لكن على وجه لا يغلب استعماله في غير الصفة وموضع معرفة هذه الجملة كتاب الايمان ثم الايلاء اذا كان بالله تعالى فالمولي لا يخلو اما ان اطلق الايلاء واما ان علقه بشرط واما ان اضافه الى وقت واما ان وقته الى غاية فان اطلق بان قال لامراته والله لا اقربك كان موليا للحال والاصل فيه ان منع نفسه عن قربان زوجته بما يصلح ان يكون مانعا ومما يحلف به عادة يصير موليا ويقال من لا يمكنه قربان زوجته في المدة من غير شيء يلزمه بسبب اليمين فهو مولي وقد وجد هاهنا لان ذكر اسم الله تعالى يصلح مانعا تحرزا عن الهتك وهو مما يحلف به عادة وعرفا وكذا لا يمكنه قربان زوجته في المدة من غير شيء يلزمه وهو الكفارة فيصير موليا وكذا اذا قال لامراتين له والله لا اقربكما او يقول لنسائه الاربع والله لا اقربكن وهما فصل واحد والثاني ان يقول والله لا اقرب احداكما او احداكن والثالث ان يقول والله لا اقرب واحدة منكما او واحدة منكن **اما الاول** اذا قال لامراتين والله لا اقربكما صار موليا منهما للحال حتى لو مضت اربعة اشهر ولم يقربهما فيها بانتا جميعا ويبطل وكذا اذا قال لنسائه الاربع والله لا اقربكن صار موليا منهن للحال حتى لو لم يقربهن حتى مضت اربعة اشهر بن جميعا وهذا قول اصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم وهو استحسان والقياس ان لا يصير موليا في الاول ما لم يطأ واحدة منهما فيصير موليا من الاخرى وفي الثاني ما لم يطأ الثلاث منهن فيصير موليا من الرابعة وهو قول زفر رحمه الله
وجه القياس ان المولي لا يمكنه قربان امراته من غير حنث يلزمه وهاهنا يمكنه في الصورة الاولى قربان احديهما من غير حنث يلزمه لانه لا يحنث بوطي احديهما اذ جعل شرط الحنث قربانهما من غير شيء يلزمه

ولم يوجد قربان في الصورة الثانية يمكنه قربان الثلاث منهن من غير حنث يلزمه
الاخرى انه لا يحنث بوطء الثلاث منهن فلم يوجد حد المولي فلا يكون موليا ه
واذا وطئ احديهما او وطئ الثلاث منهن فلا يمكنه وطء الباقية الا بحنث يلزمه
فوجد حد الايلاء فيصير موليا **وجه الاستحسان** ان المولي من لا يمكنه وطء
امراته في المدة من غير شيء يلزمه بسبب اليمين وها هنا لا يمكنه وطئهما في
المدة من غير شيء يلزمه بسبب اليمين لانه لو وطئ احديهما او الثلاث منهن
يلزمه تعيين الاخرى للايلاء وهذا شيء يلزمه بسبب اليمين وقد وجد
حد الايلاء فيكون موليا ولو قرب احديهما لا كفارة عليه لعدم شرط الحنث
وهو قربانهما ولكن يبطل ايلاؤه منها لان ذلك يقتصر على القربان وقد
وجد والايلاء في حق الباقية على حاله لانعدام المبطل في حقها وهو القربان
ولو قربهما جميعا بطل ايلاؤهما وعليه كفارة اليمين لوجود المبطل
لهما والموجب للكفارة وهو قربانهما ولو ماتت احديهما قبل مضي ه
اربعة اشهر بطل ايلاؤها ولا يجب الكفارة وان قرب الاخرى بعد ذلك
بالاجماع لان شرط وجوب الكفارة قربانهما ولم يوجد فلو طلق
احديهما لا يبطل الايلاء **واما** الثاني وهو ما اذا قال والله لا اقرب احديكما
او طلق احديهما ثلاثا فانه يصير موليا من احديهما حتى لو قرب احديهما
لزمته الكفارة وبطل الايلاء لوجود شرط الحنث وهو قربان احديهما
ولو ماتت احديهما او طلق احديهما ثلاثا او بانت بلا عدة تعينت الباقية
للايلاء لزوال المزاحمة ولو لم يقرب احديهما حتى مضت المدة بانت احديهما
بغير عينها وله الخيار ان يوقع الطلاق على ايتهما شاء لان الايلاء في حق
حكم البر تعليق الطلاق شرعا بشرط ترك القربان في المدة فيصير
كانه قال ان لم اقرب احديكما اربعة اشهر فاحديكما طالق بائن ولو نص على
ذلك فمضت المدة ولم يقرب احديهما طلقت احديهما بغير عينها وله الخيار
يوقع على ايتهما شاء كذا هذا ولو اراد ان يعين الايلاء في احديهما قبل
مضي اربعة اشهر لا يملك ذلك حتى لو عين احديهما ثم مضت اربعة اشهر
لم يقع الطلاق على المعينة بل يقع على احديهما بغير عينها ويجبر في ذلك
لان اليمين تعلقت بغير المعينة فالتعيين يكون تغيير اليمين فلا يملك
ذلك لان تغيير اليمين ابطالها من وجه واليمين عقد لازم لا يحتمل البطلان
فلا يحتمل التغيير ولان الايلاء في حق البر تعليق الطلاق بشرط عدم
القربان في المدة ومن علق الطلاق المبهم بشرط ثم اراد تعيين التعليق
قبل وجود الشرط لا يقدر على ذلك كما اذا قال لامراتيه اذا جاء غد
فاحديكما طالق ثم اراد ان يعين احديهما قبل مجيء الغد لا يملك ذلك
كذا هذا فاذا مضت المدة وبانت احديهما بغير عينها قبل مجيء الخيار

في تعيين ايتهما شاء الطلاق لان الطلاق اذا وقع في المجهولة يخير الزوج
في التعيين فله ان يوقع الطلاق على احديهما ولو لم يوقع على واحدة منهما
حتى مضت اربعة اشهر اخرى وقعت تطليقة على الاخرى وبانت كل واحدة
منهما بتطليقة في ظاهر الرواية **وروي** عن ابي يوسف رحمه الله انه لا يقع ه
الطلاق على الاخرى **وجه رواية ابي يوسف** رحمه الله انه الا من احديهما
لا من كل واحدة منهما فلم يبق الا ايلاء لا احديهما **وجه ظاهر الرواية**
ان اليمين باقية لعدم الحنث وكان تعليق طلاق احديهما بمضي المدة من غير
في باقية فتعينت الاخرى لبقاء اليمين في حقها وتعليق طلاقها كما لو زالت
المزاحمة بعد مضي المدة قبل اختيار الزوج بالموت فان ماتت احديهما
البين انه يتعين الاخرى كذا ها هنا وهل يتكرر الطلاق على المولي منها
بالايلاء الثاني بتكرر المدة لا نص في هذه المسالة **واختلف المشايخ**
فيه وترجيح لبعض الافاضل فيه على البعض يعرف في الجامع الكبير وكذلك
لو عين الطلاق في احديهما بعد مضي اربعة اشهر اخرى بانت الاخرى بتطليقة
على جواب ظاهر الرواية **واما** الثالث وهو ما اذا قال والله لا اقرب
واحدة منكما فانه يصير موليا منهما جميعا حتى لو مضت اربعة اشهر ولم ه
يقربهما فيها بانتا جميعا ذكر المسالة في الجامع من غير خلاف وهكذا ذكره
القاضي في شرح مختصر الطحاوي ولم يذكر الخلاف وذكر القدوري في
شرح مختصر الكرخي فقال على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
يكون موليا منهما استحسانا وعلى قول محمد رحمه الله يكون موليا من
احديهما وهو القياس **وجه القياس** ان قوله واحدة منكما لا يعبر به
عنهما بل عن احديهما قصدا كقوله لا اقرب احديكما والدليل عليه انه
اذا قرب احديهما يحنث وتلزمه الكفارة فدل ان اليمين تناولت
احديهما لا غير **ووجه الاستحسان** وهو الفرق بين المسالتين ان قوله
احديكما معرفة لانه مضاف الى الكناية والكنايات معارف بل اعرف
المعارف والمضاف الى المعرفة معرفة والمعرفة تخص في النفي
كما تخص في الاثبات وقوله واحدة منكما نكرة لانها نكرة في نفسها ولم
توجد ما يوجب صيرورتها معرفة وهو اللام او الاضافة فبقيت
نكرة وانها في محل النفي فتعم **والدليل** على التفرقة بينهما انه يستقيم
ادخال كلمة الاحاطة والاشتمال وهي كلمة كل على واحدة منكما
ولا يستقيم ادخالها على احديكما حتى يصح ان يقال والله لا اقرب كل
واحدة منكما فقرب احديهما بطل ايلاؤهما جميعا وتلزمه الكفارة ه
لوجود شرط الحنث وهو قربان واحدة منهما بخلاف ما اذا قال والله لا اقربكما
فقرب واحدة منهما انه يبطل ايلاؤها ولا يبطل ايلاء الباقية حتى لا يجب

عليه الكفاره اما بطلان الايلا التي قربها فلوجود شرط البطلان وهو القربان
ولم يوجد القربان في الباقيه فلا يبطل الايلا فيها واما وجوب الكفاره
فلعدم شرط الوجوب وهو قربانهما جميعا ولو قال لامراته وامته والله
لا اقربكما لا يكون موليا من امراته لان المولي من لا يمكنه قربان امراته
في المده من غير شي يلزمه وقبل ان يقرب الامه يمكنه قربان الامه من
غير حنث يلزمه لانه علق الحنث بقربانهما فلا يثبت بقربان احديهما
فاذا قرب الامه فقد صار بحال لا يمكنه قربان زوجته من غير حنث يلزمه
فصار موليا ولو قال والله لا اقرب احديكما لم يكن موليا في حق البر لما
ذكرنا ان قوله احديكما معرفه لكونه مضافا الى المعرفه والمعرفه تخص
ولا تعم سوا كان في محل الاثبات او في محل النفي فلا يتناول الا احديهما
والايلا في حق البر ولو قرب احديهما تجب الكفاره تعليق الطلاق بشرط
ترك القربان في المده فصار كانه قال ان لم اقرب احديكما في المده
فاحداكما طالق ولو قال ذلك لا يقع الطلاق الا اذا عني امراته وما
عني هيهنا فلا يمكن جعله ايلا في حق البر ولو قرب احديهما تجب الكفاره
لانه بقي يمينا في حق الحنث وقد وجد شرط الحنث فتجب الكفاره كما لو قال
لاجنبيه والله لا اقربك ثم قربها حنث ولا يكون ذلك ايلا في حق
البر كذا هذا ولو قال والله لا اقرب واحدة منكما كان موليا من امراته
لما ذكرنا ان الواحدة نكره مذكوره في محل النفي فتعم عموم الانفراد
كما لو قال لا اكلم واحدا من رجال حلف الا انه لو قرب احديهما حنث
لما ذكرنا ان شرط حنثه قربان واحدة منهما لا قربانهما وقد وجد ولو
كانت له امراتان حرة وامه فقال والله لا اقربكما صار موليا منهما
جميعا لان كل واحدة منهما محل الايلا فاذا مضي شهران ولم يقربهما
بانت الامه بمضي مدتها من غير قربان واذا مضي شهران اخران بانت
الحره ايضا لتمام مدتها من غير فيء ولو قال والله لا اقرب احديكما
يكون موليا من احديهما بغير عينها لان كل واحدة منهما محل الايلا وقد
اضاف الايلا الى احديهما بغير عينها فيصير موليا من احديهما غير عين
ولو اراد تعيين احديهما قبل مضي الشهرين ليس له ذلك لما بينا فيما تقدم
واذا مضي شهران ولم يقربهما بانت الامه لا لانها عينت للايلا بل
لسبق مدتها واستونفت مدة الايلا على الحره فاذا مضت اربعة اشهر
ولم يقربها بانت الحره لان اليمين باقيه اذا لم يوجد الحنث فكان
تعليق الطلاق على احديهما باقيا فاذا مضي شهران وقع الطلاق على
الامه فقد زالت مزاحمتها واليمين باقيه فتعينت الحره لعقد الايلا
في حقها وتعليق طلاقها بمضي المده وانما استونفت مدة الايلا على

الحره

الحره لان ابتدا المدة انعقدت لاحديهما وقد تعينت الامة بالسبق
فيبتدا الايلا على الحره من وقت بينونة الامه بخلاف ما اذا قال والله
لا اقربكما لان هناك انعقدت المده لهما فاذا مضي شهران فقد تمت
مدة الامه فتتم مدة الحره بشهرين اخرين ولو ماتت الحره او الامه قبل
مضي الشهرين تعينت الحره للايلا من وقت اليمين حتى اذا مضت اربعة اشهر
من وقت اليمين تبين لزوال المزاحمه بموت الامه ولو قال والله لا اقرب
واحدة منكما يكون موليا منهما جميعا حتى لو مضي شهران تبين الامه
ثم اذا مضي شهران اخران تبين الحره كما في قوله والله لا اقربكما الا ان هيهنا
اذا قرب احديهما حنث وبطل الايلا لما ذكرنا فيما قبل وان علقه بشرط
يتعلق به بان قال اذا جا غد فوالله لا اقربك او قال اذا جا شهر كذا
فوالله لا اقربك فاذا وجد الشرط او الوقت فيصير موليا وتعتبر
ابتدا المدة من وقت وجود الشرط والوقت لان الايلا يمين واليمين
يحتمل التعليق بالشرط والاضافه الى الوقت كساير الايمان وان
وقته الى غاية ينظر ان كان المجعول غاية لا يتصور وجوده في
مدة الايلا يكون موليا كما اذا قال وهو في شعبان والله لا
اقربك حتى اصوم المحرم لانه منع نفسه عن قربانها بما يصلح
مانعا لانه لا يمكنه قربانها الا بحنث يلزمه وهو الكفاره **الا ترى**
انه لا يتصور وجود الغايه وهو صوم المحرم في المدة وكذا يعد مانعا
في العرف لانه يحلف به عاده وكذا لو قال لا اقربك الا في مكان
كذا او بينه وبين ذلك المكان اربعة اشهر فصاعدا يكون موليا
لانه لا يمكنه قربانها من غير حنث يلزمه وكذا لو قال والله لا
اقربك الا في مكان كذا وان كان اقل من ذلك لم يكن موليا لامكان
القربان من غير شي يلزمه وكذا لو قال والله لا اقربك حتى تفطمي
صبيك وبينها وبين الفطام اربعة اشهر فصاعدا يكون موليا
وان كان اقل من ذلك لم يكن موليا لما قلنا ولو قال والله لا اقربك
حتى تخرج الدابة من الارض او حتى يخرج الدجال او حتى تطلع الشمس
من مغربها فالقياس ان لا يكون موليا لتصور وجود الغايه في المده
لتمكنه ساعة فساعة فيمكنه قربانها في المده من غير شي يلزمه فلا يكون
موليا وفي الاستحسان يكون موليا لان حدوث هذه الاشيا لها
علامات تتاخر عنها باكثر من مدة الايلا على ما نطق به الاخبار فلا يوجد
هذه الغايه في زماننا في مدة اربعة اشهر عادة فلم تكن الغاية متصورة
الوجود عادة فلا يمكنه قربانها من غير حنث يلزمه عادة فيكون
موليا ولان هذا اللفظ يذكر على ارادة التابيد في العرف فصار كانه

قال والله لا اقربك ابدا او كذا اذا قال والله لا اقربك حتى تقوم الساعة
كان موليا وان كان يمكن في العقل قيام الساعة ساعة فساعة لكن قامت
دلايل الكتاب والسنة المشهورة على انها لا تقوم الا بعد تقدم اشراطها
العظام كطلوع الشمس من مغربها وخروج الدجال وخروج ياجوج وماجوج
ونحو ذلك ولم يوجد شي من ذلك في زماننا فلم تكن الغاية فيها متصورة
الوجود عادة على ان مثل هذه الغاية تذكر ويراد بها التابيد في العرف
والعادة كما قال الله تعالى ولا يدخلون الجنة حتى يلج الجمل في سم الخياط
اي لا يدخلونها اصلا وراسا وكما يقال لا افعل كذا حتى يبيض القار
ويشيب الغراب ونحو ذلك فيصير كانه قال والله لا اقربك ابدا وان
كان ما جعل غاية يتصور وجوده في المدة فان كان مما لا يتصور بقاء
النكاح مع وجوده بان قال والله لا اقربك حتى تموتي او حتى اموت او
حتى تقتلي او حتى اقتل او حتى اقتلك او حتى تقتليني كان موليا وان كان
يتصور وجود هذه الاشيا في المدة لكن لا يتصور بقا النكاح بعد وجودها
فيصير حاصل هذا الكلام كانه قال والله لا اقربك ما دمت زوجتي او
ما دمت زوجتي او ما دمت حية او ما دمت حيا ولو قال ذلك لكان
موليا اذ لو لم يكن موليا لما تصور انعقاد الايلا لان هذا التقدير
ثابتا في كل الايلا ولو قال لامراته وهي امة الغير والله لا اقربك حتى
املكك او املك شقصا منك يكون موليا لان النكاح لا يبقى بعد ملكها
او شقصا منها فيصير كانه قال والله لا اقربك ما دمت زوجتي ولو قال
والله لا اقربك حتى اشتريك لا يكون موليا لان النكاح لا يرتفع بمطلق
الشرا لجواز ان يشتريها لغيره فلا يملكها فلا يرتفع النكاح وكذا اذا قال
حتى اشتريك لنفسي لانه قد يشتريها شرا فاسدا فلا يرتفع النكاح
وكذا اذا قال حتى اشتريك لنفسي لانه لا يملكها قبل القبض ولو قال
حتى اشتريك لنفسي واقبضك كان موليا لان الملك في الشرا الفاسد
يثبت بالقبض فيرتفع النكاح فيصير تقديره والله لا اقربك ما دمت في
نكاحي وان كان مما يتصور بقا النكاح مع وجوده فان كان مما لو حلف به
لكان موليا يصير موليا اذا جعله غاية والا فلا **هذا** اصل ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله **واصل** ابي يوسف رحمه الله انه ان امكنه قربانها في المدة
من غير حنث يلزمه لم يكن موليا **وعلى هذا** يخرج اذا قال والله لا اقربك حتى اعتق
عبدي فلانا او حتى اطلق امراتي فلانة او حتى اصوم شهرا انه يصير موليا
في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف رحمه الله لا يكون موليا
وجه قول ابي يوسف رحمه الله انه يتصور وجود هذه الغاية قبل مضي
اربعة اشهر فيمكنه قربانها من غير حنث يلزمه بسبب اليمين فلا يكون موليا

كما اذا قال والله لا اقربك حتى تدخلي الدار او حتى اكلم فلانا **وجه قولهما** انه منع
نفسه عن قربان زوجته بما يصلح ان يكون مانعا يعرف به في العرف والعادة وهو عتق
عبده وطلاق امراته وصوم الشهر ولهذا لو حلف بهذه الاشيا لكان موليا فكذا اذا
جعلها غاية وكذا لا يمكنه قربانها من غير شي يلزمه بسبب اليمين اما وجوب الكفارة
او عتق العبد او طلاق المراة او صوم الشهر فيصير في التقدير كانه قال ان قربتك
فعبدي حر او علي كفارة يمين ولو قال ذلك لكان موليا كذا هذا بخلاف الدخول
والكلام ولو قال لا اقربك حتى اقتل عبدي او حتى اضرب عبدي او حتى اشتم عبدي
او حتى اقتل فلانا او اضرب فلانا او اشتم فلانا وما اشبه ذلك لم يكن موليا لانه
لا يحلف بهذه الاشيا عرفا وعادة ولهذا لو حلف حالفا بشي من ذلك لم يكن به
موليا لان هذه فكذا اذا جعله غاية للايلا وكذا ان قال ان قربتك فعلي قتل
عبدي او ضرب عبدي او شتم عبدي او قتل فلان او ضرب فلان او شتم
فلان لم يكن موليا كما لو قال فعلي ان ادخل الدار او اكلم فلانا لما قلنا والله الموفق
واما اليمين بالشرط والجزا فنحو قوله ان قربتك فامراتي الاخرى طالق
او قال هذه طالق او قال فعبدي هذا حر او فانت علي كظهر امي او قال فعلي
عتق رقبة او فعلي حجة او عمرة او المشي الى بيت الله او فعلي هدي او صدقة
او صوم او اعتكاف لان الايلا يمين واليمين في اللغة عبارة عن القوة
والحالف يتقوى بهذه الاشيا على الامتناع من قربان امراته في المدة
لان كل واحد منهما يصلح مانعا عن القربان في المدة لانه يثقل على الزوج
ويشق عليه فكان في معنى اليمين بالله تعالى لحصول ما وضع له اليمين وهو
التقوي على الامتناع من مباشرة الشرط وكذا يعد مانعا في العرف
والعادة فان الناس تعارفوا الحلف بهذه الاشيا وكذا لبعضها مدخل في
الكفارة وهو العتق والصدقة وهي الاطعام والصوم والهدي والاعتكاف
لا يصح بدون الصوم والحج والعمرة وان لم يكن لهما مدخل في الكفارة فلهما
تعلق بالمال فانه لا يتوصل اليهما الا بالمال غالبا فاشبها العتق
والصدقة لتعلقهما بالمال وذكر القدوري في شرح مختصر الكرخي
خلاف ابي يوسف في قوله ان قربتك فعبدي حر ان على قول ابي يوسف
لا يكون موليا ولم يذكر القاضي الخلاف في شرحه مختصر الطحاوي
وجه قول ابي يوسف رحمه الله ان المولي من لا يمكنه قربان امراته في المدة
الا بحنث يلزمه وههنا يمكنه القربان من غير شي يلزمه بان يبيع العبد
قبل ان يقربها ثم يقربها فلا يلزمه شي فلا يكون موليا **وجه قولهما**
انه منع نفسه من قربانها بما يصلح مانعا ويعد مانعا في العرف والعادة
فكان موليا واما قوله يمكنه ان يبيع العبد قبل القربان فلا يلزمه شي
بالقربان **فنقول** الملك قايم للحال والظاهر بقاوه والبيع موهوم

فكان الحنث عند القربان لازما على اعتبار الحال ظاهرا وغالبا ولو قال ان قربتك
فكل مملوك املكه فيما استقبل حر او قال فكل امراة اتزوجها فهي طالق فهو مول
في قول ابي حنيفه ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يكون موليا وجه
قول ابي يوسف رحمه الله انه علق اليمين بالقربان وعند وجود القربان لا يلزمه
شي وانما يلزمه بعد التملك والتزوج والجزا المانع من القربان ما يلزم
عند القربان ولانه يقدر على ان يمتنع عن التملك والتزوج فلا يلزمه شي
فلا يكون موليا وجه قولهما انه جعل القربان شرط انعقاد اليمين وكون
القربان شرط انعقاد اليمين يصلح مانعا له عن القربان لانه اذا قربها
انعقدت اليمين واليمين اذا انعقدت يحتاج الى منع النفس عن تحصيل الشرط
خوفا عن نزول الجزا وبه يتبين انه لا يمكنه قربانها من غير شي يلزمه
وقت القربان وهو انعقاد اليمين التي يلزم عند انحلالها حكم الحنث
فيصير موليا وقوله يمكنه ان لا يتملك فلا يلزمه شي قلنا قد يملك من
غير تملك بالارث فلا يمكنه الامتناع عنه ولو قال ان قربتك فعلي صوم شهر
كذا فان كان ذلك الشهر يمضي قبل الاربعة اشهر لم يكن موليا لانه اذا مضى
يمكنه الوطي في المدة لا باستيجاب شي يلزمه ولو قال ان قربتك فعلي ان اصلي
ركعتين او علي ان اغزو لا يكون موليا في قول ابي حنيفه وابي يوسف
رحمهما الله وعند محمد رحمه الله يكون موليا كذا ذكر القدوري رحمه الله
في شرحه مختصر الكرخي وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي الخلاف
بين ابي يوسف ومحمد ولم يذكر قول ابي حنيفه رحمه الله وجه قولهما ان هذا
لا يصلح مانعا لانه لا يثقل على الطبع بل يسهل ولا يعد مانعا في العرف ايضا
الا ترى ان الناس لم يتعارفوا الحلف بالصلاة والغزو بخلاف الحج والصوم
فلا يصير موليا كما لو قال لله علي صلاة الجنازة او سجدة التلاوة وكذا لا
مدخل للصلاة في الكفارة ولا تعلق لها بالمال بخلاف الصوم والحج ولو قال
ان قربتك فعلي كفارة او قال فعلي يمين فهو مول لان قوله فعلي كفارة
التزام الكفارة نصا وقوله علي يمين موجب اليمين وهو الكفارة فكان بمنزلة
قوله علي كفارة وقالوا فيمن قال ان قربتك فعلي نحر ولدي انه مول
عند اصحابنا الثلاثة خلافا لزفر بناء على ان النذر بنحر الولد يصح ويجب
ذبح الشاة عندنا وعند زفر هو باطل لا يوجب شيا ولو قال ان قربتك فانت
علي مثل امراة فلان وفلان كان الامن امراته فان نوى الايلا كان موليا
لانه شبهها بامراة الامن وجها لانه اتى بلفظ موضوع للتشبيه فاذا
نوى به الايلا انصرف التشبيه اليه وان لم ينو التحريم ولا اليمين لم يكن
موليا لان التشبيه لا يقتضي المساواة في جميع الصفات وقالوا فيمن
قال لامراته انا منك مول انه عنى به الخبر بالكذب يصدق فيما بينه وبين الله

تعالى ولا يكون موليا لان لفظه لفظ الخبر وخبر غير المعصوم يحتمل الكذب ولا
يصدق في القضا لانه خبر محمول على الصدق ولا يكون صادقا الا بثبوت المخبر
به وان عنى به الايجاب كان موليا في القضا وفيما بينه وبين الله تعالى
لان هذا اللفظ يستعمل في الايجاب في العرف ولو الى من امراته ثم قال
لامراة اخرى قد اشركتك في ايلاها كان باطلا لان الشركة في الايلا
لو صحت لثبتت الشركة في المدة فيصير كل واحد منهما اقل من اربعة اشهر
وهذا يمنع صحة الايلا لما نذكر ولو قال ان قربتك فانت علي حرام فان
نوى الطلاق فهو مولي عندهم جميعا لانه اذا نوى به الطلاق فقد جعل
الطلاق جزا مانعا من القربان فيصير كانه قال ان قربتك فانت طالق
ولو قال نصا لا موليا كذا هذا وان نوى اليمين فهو مولي للحال عند ابي
حنيفه رحمه الله وعند ابي يوسف ومحمد لا يكون موليا ما لم يقربها
وجه قولهما انت علي حرام اذا نوى به اليمين او لا نية له يكون ايلا بلا
خلاف بين اصحابنا كانه قال والله لا اقربك فصار الايلا معلقا بالقربان
كانه قال ان قربتك فوالله لا اقربك ولو قال ذلك لا يكون موليا حتى
يقربها كذا هذا وجه قول ابي حنيفه رحمه الله انه منع نفسه من قربان
امراته في المدة بما يصلح مانعا وهو التحريم وهو حد المولي فيصير موليا
كما لو قال انت علي كظهر امي ثم لا بد من معرفة مسئلة الحرام اعني قوله
انت علي حرام من غير التعليق بشرط القربان ان حكمها ما هو وجملة
الكلام فيه ان الامر لا يخلو اما ان اضاف التحريم الى امراته واما ان اضافه
الى كل حلال على العموم فان اضافه الى امراته بان قال انت علي حرام
او قد حرمتك علي او انا عليك حرام او قد حرمت نفسي عليك او انت
محرمة علي فان اراد به طلاقا فهو طلاق لانه يحتمل الطلاق وغيره
فان نوى به الطلاق انصرف اليه وان نوى ثلاثا يكون ثلاثا وان
نوى واحدة يكون واحدة بائنة وان نوى اثنتين يكون واحدة
بائنة عندنا خلافا لزفر رحمه الله لانه من جملة كنايات الطلاق وان لم
ينو الطلاق ونوى التحريم او لم يكن له نية فهو يمين عندنا ويصير موليا
حتى لو تركها اربعة اشهر بانت بتطليقة لان الاصل في تحريم الحلال
ان يكون يمينا لما نبين وان قال اردت به الكذب يصدق فيما بينه وبين
الله تعالى ولا يكون يمينا ولا يصدق في نفي اليمين في القضا وقد
وقد اختلف السلف في هذه المسئلة روي عن ابي بكر وعمر وبن
مسعود رضي وبن عباس وعايشة رضي الله عنهم انه قالوا الحرام يمين
وروي عن بن عباس رضي الله عنهما انه قال اذا حرم الرجل امراته فهو يمين
يكفرها اما كان لكم في رسول الله اسوة حسنة وروي عن بن عمر انه قال

ان نوي طلاق فطلاق وان لم ينو طلاق فيمين يكفرها وعن زيد بن ثابت رضي
الله عنه انه قال فيه كفارة يمين ومنهم من جعله طلاقا رجعيا وعن مسروق انه
قال ليس ذلك بشي ما ابالي حرمتها او قصعة من ثريد وقال الشافعي رحمه الله
ليس بيمين وفيه كفارة يمين بنفس اللفظ ولقب المسئلة ان تحريم الحلال هل
هو يمين عندنا يمين وعنده ليس بيمين **وجه قوله** ان تحريم الحلال تغيير الشرع
والعبد لا يملك تغيير الشرع **ولهذا** خرج قوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل
الله لك مخرج العتاب لرسول الله صلى الله عليه وسلم فدل انه ليس لاحد
ان يحرم ما احله الله **وبه تبين** انه اليمين لا تحرم المحلوف عليه على الحالف
وانما يمنعه عنه مع كونه حلالا **ولنا** الكتاب والسنه والاجماع **اما الكتاب**
والسنة والاجماع فقوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك الى قوله
قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم قيل نزلت الايه في تحريم جاريته ماريه
القبطيه لما قال هي علي حرام وسمى الله تعالى ذلك يمينا بقوله قد فرض الله
الله لكم تحلة ايمانكم اي وسع الله عليكم واباح لكم ان تتحللوا من ايمانكم
بالكفاره وفي بعض القراآت فرض الله لكم كفارة ايمانكم والخطاب عام
يتناول رسول الله صلى الله عليه وسلم وامته **واما السنه** فما روي
بن عباس رضي الله عنهما عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ان النبي صلى الله
عليه وسلم جعل الحرام يمينا **واما الاجماع** فما روي عن جماعة من الصحابه
انهم جعلوا الحرام يمينا وبعضهم نص على وجوب الكفاره فيه وكفاره اليمين
ولا يمين لا يتصور فدل على انه يمين وقول من جعله طلاق ثلاثا محمول على
ما اذا نوي الثلاث لان الحرمة نوعان غليظه وخفيفه فكان نية الثلاث
تعيين بعض ما يحتمله اللفظ فيصح واذا نوي واحده كانت واحده لان اللفظ
ينبي عن الحرمه والطلاق الرجعي لا يوجب الحرمة للحال واثبات حكم اللفظ
على الوجه الذي ينبي عنه اللفظ اولى ولان المخالف يوجب فيه كفاره يمين
وكفارة اليمين تستدعي وجوب كفاره اليمين فدل ان هذا اليمين اللفظ في
الشرع فاذا نوي به الكذب لا يصدق في ابطال اليمين في القضا لعدوله عن
الظاهر واما قوله ان تحريم الحلال تغيير الشرع **فالجواب** عنه من وجهين
احدهما ان هذا ليس بتحريم الحلال من الحالف حقيقة بل من الله تعالى لان التحريم
اثبات الحرمه كالتحليل اثبات الحل والعبد لا يملك ذلك بل الحرمه والحل وساير
المحكومات الشرعيه تثبت باثبات الله تعالى لا صنع للعبد فيها اصلا انما
للعبد مباشرة سبب الثبوت هذا المذهب عند اهل السنه والجماعه فلم يكن
هذا من الزوج تحريم ما احله الله تعالى بل مباشرة سبب ثبوت الحرمه او منع
النفس عن الانتفاع بالحلال لان التحريم في اللغه عبارة عن المنع وقد يمتنع
المرو من تناول الحلال لغرض له في ذلك ويسمي ذلك تحريما قال الله تعالى

وحرمنا عليه المراضع من قبل والمراد منه امتناع موسى صلوات الله عليه
عن الارتضاع من غير ثدي امه لا التحريم الشرعي وعلى هذين الوجهين يحمل
التحريم المضاف الى رسول الله صلى الله عليه وسلم **فان قيل** لو كان الامر على
ما ذكرتم لم يكن ذلك تحريم الحلال حقيقه فما معنى الحاق العتاب به **فالجواب**
عنه من وجهين **احدهما** ان ظاهر الكلام ان كان يوهم العتاب فليس بعتاب في الحقيقة
بل هو تخفيف المونة عليه في حسن العشره والصحبه مع ازواجه لانه كان
مندوبا الى حسن العشره معهن والشفقه عليهن والرحمة بهن فبلغ في حسن
العشره والصحبة مبلغا امتنع عن الامتناع مما احل الله ينبغي به حسن
عشرتهن فخرج ذلك مخرج تخفيف المونه في حسن العشره معهن لا مخرج النهي
والعتاب وان كانت صيغته صيغة النهي والعتاب وهي كقوله تعالى
فلا تذهب نفسك عليهم حسرات **والثاني** ان كان ذلك الخطاب عتابا فيحتمل
انه انما عوتب لانه فعل بلا اذن سبق من الله تعالى وان كان ما فعل مباحا
في نفسه وهو منع النفس عن تناول الحلال والانبيا صلوات الله عليهم
يعاتبون على ادنى شي يوجد منهم مما لو كان ذلك من غيرهم لعد من افضل
شمايله **كما** قال الله تعالى عفى الله عنك لم اذنت لهم وقال تعالى
عبس وتولى ان جاءه الاعمى ونحو ذلك **والثاني** ان كان هذا التحريم الحلال
لكن لم قلت ان كل تحريم حلال من العبد تغيير الشرع بل ذلك نوعان
تحريم ما احله الله تعالى مطلقا وذلك تغيير بل اعتقاده كفر وتحريم
ما احله الله تعالى موقتا الى غاية لا يكون تغييرا بل يكون بيان نهاية الحل
الا ترى ان الطلاق مشروع وان كان تحريم الحلال لكن لما كان الحل موقتا الى غاية
وجود الطلاق لم يكن الطلاق من الزوج تغيير الشرع بل كان بيان انتها الحل
وعلى هذا ساير الاحكام التي تحتمل الارتفاع والسقوط **و**على هذا سبيل
النسخ فيما يحتمل التناسخ فكذا قوله لامراته انت علي حرام وان نوي بقوله
انت علي حرام الظهار كان ظهارا عند ابي حنيفه وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله لا يكون ظهارا **وجه قوله** ان الظهار تشبيه الحلال
بالحرام والتشبيه لا بد له من حرف التشبيه ولم يوجد فلا يكون ظهارا
وجه قولهما انه وصفها بكونها محرمه والمراة تاره تكون محرمة
بالطلاق وتاره تكون محرمة بالظهار فاي ذلك نوي فقد نوي ما يحتمله
كلامه فيصدق **هذا** اذا اضاف التحريم الى المراه فاما اذا اضافه
الى الطعام والشراب او اللباس بان قال هذا الطعام علي حرام
او على هذا الشراب او هذا اللباس فهو يمين عندنا وعليه الكفاره اذا
فعل وقال الشافعي رحمه الله ان كان ذلك في غير الزوجه والجاريه
لا يجب شي وهي مسيلة تحريم الحلال انه يمين ام لا **وجه قوله** الشافعي ما ذكرنا

في المسئلة الاولى **ولنا** قوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك قيل
نزلت الاية في تحريم العسل وقد سماه الله تعالى يمينا بقوله قد فرض الله لكم
تحلة ايمانكم فدل ان تحريم غير الزوجة والجارية يمين موجب للكفارة لان
تحلة اليمين هي الكفارة **فان قيل** فقد روي انها نزلت في تحريم الجارية مارية
فالجواب انه لا يمتنع ان يكون الاية نزلت فيهما لعدم التنافي ولانه لو
اضاف التحريم الى الزوجة والجارية لكان يمينا فكذا اذا اضيف الى غيرهما
كان يمينا كلفظ القسم اذا اضيف الى الزوجة والجارية كان يمينا واذا
اضيف الى غيرهما كان يمينا ايضا كذا هذا فان فعل مما حرمه قليلا
او كثيرا حنث وانحلت اليمين لان التحريم المضاف الى المعين يوجب
كل جزء من اجزاء المعين كتحريم الخمر والخنزير والميتة والدم فاذا تناول
شيا فقد فعل المحلوف عليه فيحنث وتنحل اليمين بخلاف ما اذا حلف
لا ياكل هذا الطعام فان اكل بعضه انه لا يحنث لان الحنث معلق بالشرط
وهو اكل الطعام والمعلق بشرط لا ينزل عند وجود بعض الشرط ولو قال
نسائي علي حرام ولم ينو الطلاق فقرب احديهن كفر وسقطت اليمين
فيهن جميعا لانه اضاف التحريم الى جمع فيوجب تحريم كل فرد من افراد
الجمع فصار كل فرد من افراد الجمع محرما على الانفراد فاذا قرب واحدة
منهن فقد فعل ما حرمه على نفسه فيحنث وتلزمه الكفارة وتنحل اليمين
فان لم يقرب واحدة منهن حتى مضت اربعة اشهر بن جميعا لان حكم
الايلا لا يثبت في حق كل واحدة منهن على الانفراد والايلا يوجب
البينونة من غير فيء **هذا** اذا اضاف التحريم الى نوع خاص
فاما اذا اضافه الى الانواع كلها بان قال كل حلال علي حرام فان لم يكن له
نية فهو على الطعام والشراب استحسانا **والقياس** ان يحنث عقيب كلامه
وهو قول زفر رحمه الله **وجه القياس** ان اللفظ خرج مخرج العموم
فيتناول كل حلال وكما فرغ من يمينه لا يخلو عن نوع حلال يوجد منه فيحنث
وجه الاستحسان ان هذا عام لا يمكن العمل بعمومه لانه لا يمكن حمله على كل
مباح من فتح عينيه وغض بصره وتنفسه وغيرها من حركاته و[illegible]
وسكناته المباحة لانه لا يمكنه الامتناع والعاقل لا يقصد بيمينه منع نفسه
عما لا يمكنه الامتناع فلم يكن العمل بعموم هذا اللفظ فيحمل على الخصوص
وهو الطعام والشراب باعتبار العرف والعادة لان هذا اللفظ
مستعمل فيهما في العرف ونظيره قوله تعالى لا يستوي اصحاب النار
واصحاب الجنة انه لما لم يكن العمل بعمومه لثبوت المساواة بين المسلم
والكافر في اشيا كثيرة حمل على الخصوص وهو نفي المساواة بينهما في العمل
في الدنيا او في الجزاء في الاخرة كذا هذا فان نوى مع ذلك اللباس او امراته

فا

فالتحريم واقع على جميع ذلك واي شيء من ذلك فعل وحنث لزمته الكفارة
لان اللفظ صالح لتناول كل المباحات وانما حملناه على الطعام والشراب
بدليل العرف فاذا نوى شيا زايدا على المتعارف فقد نوى ما يحتمله لفظه
وفيه تشديد على نفسه فيقبل قوله فان نوى شيا دون غيره بان نوى
الطعام خاصة او الشراب خاصة او اللباس خاصة او امراته خاصة
فهو على ما نوى فيما بينه وبين الله تعالى وفي القضا لما ذكرنا ان هذا
اللفظ متروك العمل بظاهر عمومه ومثله يحمل على الخصوص فاذا قال
اردت واحدا بعينه دون غيره فقد ترك ظاهر لفظ هو متروك
الظاهر فيصدق وان قال كل حل علي حرام ونوى امراته كان عليها
وعلى الطعام وعلى الشراب لان الطعام والشراب دخلا تحت ظاهر
هذا اللفظ ولم ينفهما بنيته فيبقيا داخلين تحت اللفظ بخلاف
الفصل الاول لان هناك نوى امراته خاصة ونفى الطعام والشراب
بنيته فلم يدخل وههنا لم ينف الطعام والشراب بنيته وقد
دخلا تحت اللفظ فيبقيا كذلك ما لم ينفيا بالنية وان نوى في امراته
الطلاق لزمه الطلاق فيها فان اكل او شرب لم يلزمه الكفارة
لان اللفظ الواحد لا يجوز حمله على الطلاق واليمين لاختلاف
معنييهما واللفظ الواحد لا يشتمل على معنيين مختلفين فاذا اراد
به في الزوجة الطلاق الذي هو اشد الامرين واغلظهما لا يبقى الاخر
مرادا وكذا روي عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله قال لامراتين له
انتما علي حرام يعني في احديهما الطلاق وفي الاخرى الايلا فهما طالقتان
جميعا لما ذكرنا ان اللفظ الواحد لا ينتظم معنيين مختلفين فاذا
اراد بهما باللفظ واحد يحمل على اغلظهما ويقع الطلاق عليهما ولو قال
هذه علي حرام ينوي الطلاق وهذه علي حرام ينوي الايلا كان
كما نوى لانهما لفظان فيجوز ان يراد باحدهما خلاف ما يراد بالاخر
وعن ابي يوسف رحمه الله فيمن قال لامراتين انتما علي حرام ينوي
في احديهما ثلاثا وفي الاخرى واحدة انهما جميعا طالقتان ثلاثا لان
حكم الواحدة الثانية خلاف حكم الثلاث لان الثلاث يوجب الحرمة
الغليظة واللفظ الواحد لا يتناول معنيين مختلفين في حالة
واحدة فاذا نواهما حمل على اغلظهما واشدهما وقال محمد بن سماعة
في نوادره سمعت ابا يوسف يقول في رجل قال ما احل الله علي حرام من
مال واهل ونوى الطلاق في اهله قال ولا نية له في الطعام فان اكل
لم يحنث لما قلنا قال وكذلك لو قال هذا الطعام علي حرام وهذه
ينوي الطلاق لان اللفظ واحد وقد تناولت الطلاق فلا يتناول

تحريم الطعام وقالوا فيمن قال لامرأته انت علي كالدم او الميتة او لحم الخنزير
او كالخمر انه يسأل عن نيته فان نوى كذبا فهو كذب لان هذا اللفظ ليس
صريحا في التحريم ليجعل يمينا فيصدق انه اراد به الكذب بخلاف قوله انت
علي حرام فانه صريح في التحريم فكان يمينا وان نوى التحريم فهو ايلاء لانه
شبهها بما هو محرم فكانه قال انت حرام وان نوى الطلاق فالقول فيه
كالقول فيمن قال لامرأته انت علي حرام ينوي الطلاق وروى
ابن سماعة عن محمد رحمه الله فيمن قال لامرأته ان فعلت كذا فانت امي
يريد التحريم قال هو باطل لانه لم يجعلها مثل امه ليكون تحريما وانما
جعلها امه فيكون كذبا قال محمد رحمه الله ولو ثبت التحريم بهذا لثبت
اذا قال انت حرتي وهذا لا يصح وقال ابن سماعة عن محمد رحمه الله
فيمن قال لامرأته انت معي حرام فهو مثل قوله انت علي لان هذه الحروف
يقام بعضها مقام بعض والله اعلم **فصل** واما شرائط ركن الايلاء
فنوعان **نوع** هو شرط صحته في حق حكم الحنث **ونوع** هو شرط صحته في حق
حكم البر وهو الطلاق **اما الاول** فموضع بيانه كتاب الايمان لان
الايلاء يساوي ساير الايمان في حق احد الحكمين وهو الحنث فانما يخالفها
في حق الحكم الاخر وهو البر لانه لا حكم لساير الايمان عند تحقق البر فيها
وللايلاء عند تحقق البر حكم وهو وقوع الطلاق اذ هو تعليق الطلاق
البائن شرعا بشرط البر كانه قال اذا مضت اربعة اشهر ولم اقربك
فيها فانت طالق بائن فنذكر الشرائط المختصة به في حق هذا الحكم
وهو الطلاق **فنقول** وبالله التوفيق لحكم الايلاء لركن الايلاء في حق
هذا الحكم شرائط بعضها يعم كل يمين بالطلاق وبعضها يخص الايلاء
اما الذي يعم فما ذكرنا من الشرائط فيما تقدم من العقل والبلوغ وقيام
ملك النكاح والاضافة الى الملك حتى لا يصح ايلاء الصبي والمجنون
لانهما ليسا من اهل الطلاق وكذا لو آلى من امته او مدبرته او ام ولده
لم يصح ايلاؤه في حق هذا الحكم لان الله تعالى خص الايلاء بالزوجات
بقوله للذين يؤلون من نسائهم والزوجة اسم للمملوكة بملك النكاح وشرع
الايلاء في حق هذا الحكم ثبت بخلاف القياس بهذه الاية وانها وردت
في الازواج فتختص بهم ولان الايلاء في حق هذا الحكم لدفع الظلم
عنها من قبل الزوج لمنعه حقها في الجماع منعا مؤكدا باليمين ولا حق
للامة قبل مولاها في الجماع فلم يتحقق الظلم فلا تقع الحاجة الى الدفع
بوقوع الطلاق ولان الفرقة الحاصلة بمضي المدة من غير فيء فرقة
بطلاق ولا طلاق بدون النكاح ولو آلى منها وهي مطلقة فان كان
الطلاق رجعيا فهو مول لقيام الملك من كل وجه ولهذا صح طلاقه وظهاره

ويتوارثان

ويتوارثان وان كان بائنا او ثلاثا لم يكن موليا لزوال الملك والحل بالابانة
والثلاث والايلاء لا ينعقد في غير الملك والحل بالابانة والثلاث والايلاء
لا ينعقد في غير الملك ابتداء وان كان يبقى بدون الملك على ما نذكره
وعلى هذا يخرج ما اذا قال للاجنبية والله لا اقربك ثم تزوجها انه لا يصير
موليا في حق حكم البر حتى لو مضت اربعة اشهر بعد التزوج ولم يقربها
لا يقع عليها شيء لانعدام الملك والاضافة الى الملك ولو قربها
بعد التزوج او قبله تلزمه الكفارة لانعقاد اليمين في حق الحنث
ولو قال لها ان تزوجتك فوالله لا اقربك فتزوجها صار موليا
عندنا لوجود الملك عند التزوج واليمين بالطلاق يصح في الملك
ومضافا الى الملك وههنا وجدت الاضافة الى الملك فيصير موليا
بخلاف الفصل الاول وكذا جميع ما ذكرنا من شرائط صحة التعليق
فهو من شرط صحة الايلاء في حق الطلاق **واما** الذي يخص الايلاء فشيئا
المدة وهي ان يحلف على اربعة اشهر فصاعدا في الحرة او يحلف مطلقا
او مؤبدا حتى لو حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن موليا في حق الطلاق
وهذا قول عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم وقال
بعض اهل العلم ان مدة الايلاء غير مقدرة يستوي فيها القليل
والكثير حتى لو حلف لا يقربها يوما او ساعة كان موليا حتى لو تركها
اربعة اشهر بانت وكذا روي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقال
ابن عباس رضي الله عنه الايلاء على الابد وقال الشافعي لا يكون
موليا حتى يحلف على اكثر من اربعة اشهر **وجه قول الاولين** ما روي
عن انس بن مالك رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
آلى من نسائه شهرا فلما كان تسعا وعشرين نزل فقيل انك
آليت شهرا يا رسول الله فقال الشهر تسع وعشرين يوما ولان الله
تعالى لم يذكر في كتابه للايلاء مدة بل اطلقه اطلاقا بقوله للذين
يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر ذكر للايلاء في حكم الطلاق مدة
مقدرة فلا يكون على ما دونها ايلاء في حق هذا الحكم وهذا لان الايلاء
ليس بطلاق حقيقة وانما جعل طلاقا معلقا بشرط البر شرعا
بوصف كونه مانعا من الجماع اربعة اشهر فصاعدا فلا يجعل طلاقا بدونه
ولان الايلاء يرتفع بمضي الوقت المذكور من اليوم والشهر واذا
لم يبق للايلاء الا ايلاء لم يبق حكمه ولان الايلاء هو اليمين التي تمنع
الجماع خوفا من لزوم الحنث وبعد مضي يوم او شهر يمكنه ان يطأها من
غير حنث يلزمه فلا يكون هذا ايلاء **واما** قولهم ان المدة ذكرت لثبوت
حكم الايلاء لا للايلاء **فنقول** ذكر المدة في حكم الايلاء لا يكون ذكرا في الايلاء

لان الحكم ثبت بالايلا اذ به تاكيدا لمنع المحقق للظلم واما الحديث فالمروي
عن النبي صلى الله عليه وسلم الا ان لا يدخل على نسايه شهرا وعندنا من حلف
لا يدخل على امراته يوما او شهرا او سنة لا يكون موليا في حق حكم الطلاق ٥
لان الايلا يمين الجماع وهذا لا يمنع الجماع وقول ابن عباس رضي الله عنه
الايلا على الابد يحتمل ان يكون معناه ان الايلا اذا ذكر مطلقا عن
الوقت يقع على الابد وان لم يذكر الابد ونحن نقول به ويحتمل انه
اراد به ان ذكر الابد شرط صحة الايلا في حق حكم الطلاق فيحمل على الاول
توفيقا بين الاقاويل **والدليل** عليه ما روي عن ابن عباس رضي
الله عنهما انه قال كان ايلا اهل الجاهلية السنة والسنتين واكثر
من ذلك فوقته الله تعالى اربعة اشهر فمن كان ايلاوه اقل من اربعة
اشهر فليس بايلا ولانه ليس في النص شرط الابد فيلزمه اثبات حكم
الايلا في حق الطلاق عند مضي اربعة اشهر فلا يجوز الابد لتبله **واما**
الكلام مع الشافعي فمبني على حكم الايلا في حق الطلاق فعندنا اذا مضت
اربعة اشهر تبين منه وعنده لا تبين بل يوقف بعد مضي هذه المده
ويجبر بعد الفي والتطليق فلا بد وان تزيد المده على اربعة اشهر **ونذكر**
المسئله في بيان حكم الايلا ان شا الله تعالى وسوا كان الايلا في حال الرضا
او الغضب اواراد به اصلاح ولده في الرضاع او الاضرار بالمراة ٥
عند عامة العلما وعامة الصحابه وهو الصحيح لان نص الايلا لا
يفصل بين حال وحال ولان الايلا يمين فلا يختلف حكمه بالرضا او الغضب
وارادة الاصلاح والاضرار كساير الايمان **واما** مدة ايلا الامة
المنكوحه فشهران فضاعدا عندنا وعند الشافعي رحمه الله مدة
ايلا الامه كمدة ايلا الحره **واحتج** بقوله تعالى للذين يولون
من نسايهم تربص اربعة اشهر من غير فصل بين الحره والامه ٥
والكلام من حيث المعنى مبني على اصل نذكره في حكم الايلا وهو ان
مدة الايلا ضربت اجلا للبينونه عندنا فاشبه مدة العده فيتنصف
بالرق كمدة العده وعنده ضربت لاظهار ظلم الزوج بمنع حقها عن الجماع
في المده وهذا يوجب التسويه من الامه والحره في المده كاجل
العنين ولا حجة له في الايه لانها تناولت الحراير لا الاما لانه ذكر عزم
الطلاق ثم عقبه بقوله والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروو وهي
عدة الحراير وسوا زوجها عبدا او حرا فالعبرة لرق المراه وحريتها
لا لرق الزوج وحريته لان الايلا في حق احد الحكمين طلاق فيعتبر فيه
جانب النسا ولو اعترض العتق على الرق بان كانت مملوكه وقت ٥
الايلا ثم عتقت تحولت مدتها مدة الحراير بخلاف العده فانها اذا طلقت

طلاقا باينا ثم اعتقت لا ينقلب عدتها عدة الحراير بخلاف العدة فانها
اذا طلقت طلاقا باينا ثم اعتقت وفي الطلاق الرجعي ينقلب والفرق
بين هذه الجمله نعرف في موضعه ان شا الله تعالى **وعلى هذا يخرج** ٥
ما اذا قال لامراته الحره والله لا اقربك اربعة اشهر الا يوما لا يكون
موليا لنقصان المده ولو قال لها والله لا اقربك شهرين وشهرين بعد
هذين الشهرين فهو مولي لانه جمع بين شهرين وشهرين بحرف الجمع والجمع
بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فصار كانه قال والله لا اقربك شهرين
فمكث يوما ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد هذين الشهرين الاولين
لم يكن موليا لانه اذا سكت يوما فقد مضى يوم من غير حكم الايلا
لان الشهرين ليسا بمدة الايلا في حق الحره فاذا قال وشهرين بعده ٥
هذين الشهرين فقد جمع الشهرين الاخيرين الى الاولين بعد ما مضى يوم
من غير حكم الايلا فصار كانه قال لا اقربك اربعة اشهر الا يوما
ولو قال ذلك لم يكن موليا لنقصان المده كذا هذا ولو قال والله
لا اقربك سنة الا يوما لم يكن موليا للحال في قول اصحابنا الثلاثه
وعند زفر رحمه الله يكون موليا للحال حتى لو مضت السنه ولم ٥
يقربها فيها لا تبين ولو قربها يوما لا كفارة عليه عندنا وعنده اذا
مضت اربعة اشهر منذ قال هذه المقاله ولم يقربها فيها تبين ولو
قربها تلزمه الكفاره **وجه قوله** ان اليوم المستثنى ينصرف الى
اخر السنه كما في الاجاره فانه لو قال اجرتك هذه الدار سنة
الا يوما انصرف اليوم الى اخر السنه حتى صحت الاجاره كذا ههنا
واذا انصرف الى اخر السنه كملت مدة الايلا اربعة اشهر وزياده
فيصير موليا ولانه اذا انصرف الى اخر السنه فلا يمكنه قربان امراته
في الاربعة الاشهر من غير حنث يلزمه وهذا حد المولي **ولنا**
ان المستثنى يوم منكر فتعيين اليوم الاخير تغيير الحقيقه ولا يجوز
تغيير الحقيقه من غير ضروره فبقي المستثنى يوما شايعا في السنه
فكان له ان يجعل ذلك اليوم اي يوم شا فلا تكمل المده ولانه اذا ٥
استثنى يوما شايعا في الجمله فلم يمنع نفسه عن قربان امراته بما
يصلح مانعا من القربان في المده لان له ان يعين يوما للقربان
اي يوم كان فيقربها فيه من حيث يلزمه فلم يكن موليا وفي باب
الاجاره مست الضروره الى تعيين الحقيقه لتصحيح الاجاره
اذ لا صحة لها بدونه لان كون المده معلومة في الاجاره شرط
صحة الاجاره ولا تصير معلومه الا بانصراف الاستثنا الى اليوم
الاخير وههنا لا ضروره لان جهالة المده لا تبطل اليمين

فان قال ذلك ثم قربها يوما ينظر ان كان بقي من السنة اربعة اشهر فصاعدا
صار موليا لوجود كمال المدة ولوجود حد المولي وان بقي اقل من ذلك لم يصر
موليا لنقصان المدة ولانعدام حكم الايلا وعلى هذا الخلاف اذا قال
والله لا اقربك سنة الا مرة غير ان في قوله الا يوما اذا قربها وقد بقي
من السنة اربعة اشهر فصاعدا لا يصير موليا ما لم تغرب الشمس من ذلك
اليوم لان اليوم اسم لجميع هذا الوقت من اوله الى اخره فلا ينتهي
الا بغروب الشمس وفي قوله الا مرة يصير موليا عقيب القربان
بلا فصل وتعتبر ابتدا المدة من وقت فراغه من القربان لان
المستثنى ههنا هو القربان مرة لا اليوم والمستثنى هناك هو
اليوم لا المرة لذلك افترقا ثم مدة اشهر الايلا تعتبر بالاهلة
ام بالايام فنقول لا خلاف في ان الايلا اذا وقع في غرة الشهر تعتبر
المدة بالاهلة وان وقع في بعض الشهر لم يذكر عن ابي حنيفة نص رواية
وقال ابو يوسف رحمه الله تعتبر الايام وذلك مائة وعشرون
وروي عن زفر رحمه الله انه يعتبر بقية الشهر بالايام والشهر الثاني
والثالث بالاهلة ويكمل ايام الشهر الاول بالايام من اول الشهر الرابع
ويحتمل ان يكون هذا على اختلافهم في عدة الطلاق والوفاة على ما
نذكره هناك ان شا الله تعالى والثاني ترك الفيء في المدة لان الله
تعالى جعل عزم الطلاق شرط وقوعه بقوله تعالى وان عزموا الطلاق
فان الله سميع عليم وكلمة ان للشرط وعزم الطلاق ترك الفيء في المدة
والكلام في الفيء يقع في مواضع في تفسير الفيء المذكور في الاية
انه ما هو وفي بيان شرط صحة الفيء وفي بيان وقت الفيء انه في
المدة او بعد انقضائها اما الاول فالفيء عندنا على ضربين
احدهما بالفعل وهو الجماع في الفرج حتى لو جامعها فيما دون الفرج
او قبلها لشهوة او لمسها لشهوة او نظر الى فرجها عن شهوة لا يكون
ذلك فيا لان حقها في الجماع في الفرج فصار ظالما بمنعه فلا يندفع
الظلم الا به فلا يحصل الفيء وهو الرجوع عما عزم عند القدرة الا به
بخلاف الرجعة انها تثبت بالجماع فيما دون الفرج وباللمس عن شهوة
لان البينونة هناك بعد انقضا العدة تثبت من وقت وجود
الطلاق من وجه فلو لم تثبت به الرجعة لصار مرتكبا للحرام فجعل
الاقدام عليه دلالة الرجعة تحرزا عن الحرام وهذا المعنى لم يوجد
ههنا لان البينونة بعد انقضا المدة تثبت مقصورا على الحال
فلو لم يجعل ذلك منه فيا لم يصر مرتكبا للحرام فافترقا والله اعلم
والثاني بالقول والكلام فيه يقع في موضعين احدهما في صورة

الفيء بالقول والثاني في شرط صحته اما صورته فهي ان يقول لها فئت اليك
او راجعتك وما اشبه ذلك وذكر الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله في صفة
الفيء ان يقول الزوج اشهدوا اني قد فئت الى امراتي وابطلت ايلاها
وليس هذا من ابي حنيفة رحمه الله شرط الشهادة على الفيء فانه يصح
بدون الشهادة وانما ذكر الشهادة احتياطا لباب الفروج لاحتمال
ان يدعي الزوج الفيء اليها بعد مضي المدة فتكذبه المراة فيحتاج الى
اقامة البينة عليه لا ان تكون الشهادة شرطا لصحة الفيء وقد قال
اصحابنا رضي الله عنهم انه اذا اختلف الزوج والمراة في الفيء بعد
بقا المدة والزوج ادعى الفيء فانكرت المراة فالقول قول الزوج
لان المدة اذا كانت باقية فالزوج يملك انشا الفيء فيها فعند ادعى الفيء
في وقت يملك انشاه فيه وكان الظاهر شاهدا له فكان القول
قوله وان اختلفا بعد مضي المدة فالقول قول المراة لان الزوج
يدعي الفيء في وقت لا يملك انشا الفيء فيه وكان الظاهر شاهدا عليه
للمراة فكان القول قولها واما شرط صحته فلصحة الفيء بالقول
شرايط ثلاثة احدها العجز عن الجماع فلا يصح مع القدرة على الجماع
لان الاصل هو الفيء بالجماع لان الظلم يندفع حقيقة وانما الفيء بالقول
خلف عنه ولا عبرة بالخلف مع القدرة على الاصل كالتيمم مع الوضو
ونحو ذلك ثم الشرط هو العجز عن الجماع حقيقة او مطلق العجز
اما حقيقة واما حكما وجملة الكلام فيه ان العجز نوعان حقيقي وحكمي
اما الحقيقي فنحو ان يكون احد الزوجين مريضا مرضا يتعذر معه
الجماع او كانت المراة صغيرة لا تجامع مثلها او رتقا او يكون الزوج
مجبوبا او يكون بينهما مسافة لا يقدر على قطعها في مدة الايلا او
تكون ناشزة محتجبة في مكان لا يعرفه او يكون محبوسا لا يمكن ان
يدخل عليها ففيئه في هذا كله بالقول كذا ذكره القدوري رحمه الله
في شرحه مختصر الكرخي وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي
انه لو الى من امراته وهي محبوسة او محبوس او كان بينه وبين
امراته اقل من اربعة اشهر الا ان العدو او السلطان منعه عن
ذلك فان فيئه لا يكون الا بالفعل ويمكن ان يوفق بين القولين
بان يحمل ما ذكره القاضي على ان يقدر احدهما ان يصل الى صاحبه
في السجن والوجه في المنع من العدو او السلطان ان ذلك نادر
وعلى شرف الزوال فكان ملحقا بالعدم واما الحكمي فمثل ان يكون
محرما وقت الايلا وبينه وبين الحج اربعة اشهر واذا عرف هذا
فنقول وبالله التوفيق لا خلاف في انه اذا كان عاجزا عن الجماع

حقيقته انه ينتقل الفيء بالجماع الى الفيء بالقول **واختلف** اصحابنا رضي الله عنهم
فيما اذا كان قادرا على الجماع حقيقة عاجزا عنه حكما انه هل يصح الفيء
بالقول قال اصحابنا الثلاثة رحمهم الله لا يصح ولا يكون فيئه الا بالجماع
وقال زفر رحمه الله يصح **وجه قوله** ان العجز حكما كالعجز حقيقة في اصول
الشريعة كما في الخلوة فانه يستوي المانع الحقيقي والشرعي في المنع
من صحة الخلوة كذا هذا **ولنا** انه قادر على الجماع حقيقة فيصير ظالما
بالمنع فلا يندفع الظلم الا بايفا حقها في الجماع وحق العبد لا يسقط
لاجل حق الله تعالى في الجملة لغنا الله تعالى وحاجة العبد **والثاني**
دوام العجز عن الجماع الى ان تمضي المده حتى لو قدر على الجماع في المدة
بطل الفيء بالقول وانتقل الفيء الى القول الجماع حتى لو تركها ولم يقربها
في المده تبين لما ذكرنا ان الفيء باللسان بدل عن الفيء بالجماع ومن
قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل بطل حكم البدل كالمتيمم
اذا قدر على الما في الصلاه وكذا اذا آلا وهو صحيح ثم مرض فان كان
قدر مده صحته ما يمكنه فيه الجماع ففيئه بالجماع لانه كان قادرا
على الجماع في مدة الصحه فاذا لم يجامع مع القدره عليه فقد فرط
في ايفا حقها فلا يعذر بالمرض الحادث وان كان لا يمكنه فيئه بالجماع
لقصره ففيئه بالقول لانه اذا لم يقدر على الجماع فيه فيئته لم
يكن مفرطا في ترك الجماع فكان معذورا ولو آلى وهو مريض فلم يف
اليها باللسان حتى مضت المدة ثم صح ثم مرض فتزوجها وهو مريض
ففا اليها باللسان صح فيئه في قول ابي يوسف رحمه الله تعالى
حتى لو تمت اربعة اشهر من وقت التزوج لا تبين وقال محمد رحمه الله
لا يصح **وجه قوله** انه اذا صح في المدة الثانيه فقد قدر على الجماع
حقيقة فسقط اعتبار الفيء باللسان في تلك المده وان كان
لا يقدر على جماعها الا بمعصيه كما اذا كان محرما ففا بلسانه
انه لم يصح فيئه باللسان لكونه قادرا على الجماع حقيقة وان كان
لا يقدر عليه الا بمعصيه كذا هذا **وجه قول ابي يوسف** ان
انما يمنع الفيء باللسان للقدرة على ايفا حقها في الجماع ولا
حق لها حالة البينونه فلا تعتبر الصحه مانعة منه **والثالث**
قيام ملك النكاح وقت الفيء بالقول وهو ان تكون المراه في حال
ما يفي اليها زوجته غير بائنة منه فان كانت بائنة منه ففا بلسانه
لم يكن فيئا ويبقى الايلا لان الفيء بالقول حال قيام النكاح
انما يرتفع الايلا في حق حكم الطلاق لحصول ايفا حقها به ولا حق
لها حالة البينونه على ما نذكر فلا يعتبر الفيء وصار وجودها

والعدم

والعدم بمنزلة فيبقى الايلا فاذا تزوجها ومضت المدة تبين منه بخلاف
الفيء بالفعل وهو الجماع انه يصح بعد زوال الملك وثبوت البينونه
حتى لا يبقى الايلا بل يبطل لانه حنث بالوطي فانحلت اليمين وبطلت
ولم يوجد الحنث ههنا فلا تنحل اليمين فلا يرتفع الايلا ثم الفيء بالقول
عندنا انما يصح في حق حكم الطلاق حتى لا يقع الطلاق بمضي المده
لا في حق الحنث لان اليمين في حق حكم الحنث باقيه لانها لا تنحل الا
بالحنث والحنث انما يحصل بفعل المحلوف عليه والقول ليس بمحلوف
عليه فلا تنحل اليمين **هذا** الذي ذكرنا مذهب اصحابنا وقال
الشافعي رحمه الله لا فيء الا بالجماع واليه امال الطحاوي **ووجهه**
ان الفيء بالحنث ولا حنث باللسان فلا يحصل الفيء وهذا هو الحنث
لان الحنث هو فعل المحلوف عليه والمحلوف عليه هو القربان
فلا يحصل الفيء الا به **ولنا** اجماع الصحابه رضي الله عنهم
فانه روي عن علي وبن مسعود وبن عباس رضي الله عنهم انهم قالوا
الفيء عند العجز بالقول وكذا روي عن جماعة من التابعين مثل
مسروق والشعبي والنخعي وسعيد بن المسيب جبير ولان الفيء
في اللغة هو الرجوع يقال فا الظل اي رجع ومعنى الرجوع في الايلا
هو انه بالايلا عزم على منع حقها في الجماع وكذا العزم باليمين
فبالفيء رجع عما عزم والرجوع كما يكون بالفعل يكون بالقول
وهذا لان وقوع الطلاق لصيرورته ظالما بمنع حقها والظلم عند
القدره على الجماع بمنع حقها في الجماع فيكون ازالة الظلم بايفا حقها
في الجماع فيكون ازاله هذا الظلم بذكر ايفا حقها في الجماع ايضا
ليكون ازالة الظلم بقدر الظلم فثبت الحكم على وفق العله
واما وقت الفيء فالفيء عندنا في المده وعند الشافعي رحمه الله
بعد مضي المده ونذكر المسئله في بيان حكم الايلا ان شا الله تعالى
ومما لا يتعلق بالمال حتى لو قال العبد لامراته والله لا اقربك
او قال ان قربتك فعلي صوم او حج او عمرة او امراتي طالق
يصح ايلاؤه حتى لو لم يقربها في المدة تبين منه ولو قربها ففي
اليمين بالله تعالى تلزمه الكفاره بالصوم وفي غيرها يلزمه
الجزا المذكور لان العبد اهل لذلك وان كان يحلف بما يتعلق بالمال
بان قال ان قربتك فعلي عتق رقبه او علي ان اتصدق بكذا لا يصح لانه
ليس من اهل ملك المال واما اسلام المولي فهل هو شرط لصحة الايلا
فنقول لا خلاف في ان الذمي اذا آلا من امراته بالطلاق والعتاق
يصح ايلاؤه لان الكافر من اهل الطلاق والعتاق ولا خلاف

في انه اذا آلى بشي من القرب كالصوم والصدقة والحج والعمرة بان قال لامراته ان قربتك فعلي صوم او صدقة او حجة او عمرة او غير ذلك من القرب لا يكون موليًا لانه ليس من اهل القربة فيمكنه قربان امراته من غير شي يلزمه فلم يكن موليا وكذا ان قال ان قربتك فانت علي كظهر امي او فلانة علي كظهر امي لم يكن موليًا لان الكفر يمنع صحة الظهار عندنا واذا لم تصح يمكنه قربانها من غير شي يلزمه فلا يكون موليا **واختلف** فيما اذا آلى بالله تعالى فقال والله لا اقربك ينعقد موجبة للكفارة على تقدير الحنث عند ابي حنيفة رحمه الله يكون موليا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يكون موليًا **وجه قولهما** ان اليمين بالله تعالى لا ينعقد من الذمي كما في غير الايلا والجامع بينهما ان اليمين بالله تعالى ينعقد موجبة للكفارة على تقدير الحنث والكافر ليس من اهل الكفارة **وجه قول ابي حنيفة** عموم قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم من غير تخصيص المسلم ولان الايلا بالله تعالى يمين يمنع القربان خوفا من هتك حرمة اسم الله تعالى والذمي يعتقد حرمة اسم الله تعالى ولهذا يستحلف على الدعاوي كالمسلم ويتعلق حل الذبيحة بتسميته كما يتعلق بتسمية المسلم فانه اذا ذكر اسم الله تعالى عليها اكلت وان ترك التسمية لم توكل فيصح ايلاوه كما يصح ايلا المسلم واذا صح ايلاوه بالله تعالى يثبت احكام الايلا في حقه كما تثبت في حق المسلم الا انه لا يظهر في حق حكم الحنث وهو الكفارة لان الكفارة عبادة وهو ليس من اهل العبادة فيظهر في حق حكم البر وهو الطلاق لانه من اهله ولو آلى مسلم او ظاهر من امراته او ارتد عن الاسلام ولحق بدار الاسلام ثم رجع مسلما وتزوجها فهو مولي ومظاهر في قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يسقط عنه الايلا والظهار **وجه قوله** ان الكفر يمنع صحة الظهار والايلا ابتدا فيمنع بقاوهما على الصحة ولولا ان حكم الايلا وجوب الكفارة على تقدير الحنث وحكم الظهار حرمة موقتة الى غاية التكفير والتكفير الكافر ليس من اهل الكفارة **وجه قول ابي حنيفة** رحمه الله ان الكفر لما لم يمنع انعقاد الايلا لما بينا فلان لا يمنع بقاوه اولى ولان البقا اسهل ولان الايلا قد انعقد لوجوده من المسلم والعارض هو الردة واثرها في زوال ملك النكاح وزوال الملك لا يوجب بطلان اليمين فبقي اليمين فاذا عاد يعود حكم الايلا ولان كل عارض على اصل يلتحق بالعدم من الاصل اذا

ارتفع

ارتفع وجعل كان لم يكن ولان الايلا انعقد بيقين والعارض وهو الردة يحتمل الزوال والتصرف الشرعي اذا انعقد بيقين يبقى لاحتمال الفايدة في البقا واحتمال الفايدة ههنا ثابت لان رجا الاسلام فاتبرا لظهار قد انعقد موجبا حكمه وهو الحرمة الموقتة لصدوره من المسلم وبالردة زالت صفة الحكم وبقي الاصل وهو الحرمة اذا الكافر من اهل ثبوت الحرمة وبقايها في حقه لان حكم الحرمة وجوب الامتناع وهو قادر على الامتناع بخلاف القربة ولهذا خوطب بالحرمات دون القربات والطاعات على ما عرف في اصول الفقه **فصل** واما حكم الايلا **فنقول** وبالله التوفيق انه يتعلق بالايلا **حكمان** حكم الحنث وحكم البر **اما** حكم الحنث فيختلف باختلاف المحلوف به فان كان الحلف بالله تعالى فهو وجوب كفارة اليمين كساير الايمان بالله تعالى وان كان الحلف بالله تعالى فهو وجوب كفارة اليمين وان كان الحلف بالشرط والجزا فلزوم المحلوف كالايمان بالله كساير الايمان بالشروط والاجزية او لزوم حكمه على تقدير لزومه على ما بينا **واما حكم البر** فالكلام فيه في مواضع **في** بيان اصل الحكم **وفي** بيان صفته **وفي** بيان وقته **وفي** بيان قدره **اما اصل الحكم** فهو وقوع الطلاق بعد مضي المدة من غير فيء لانه بالايلا عزم على منع نفسه من ايفا حقها في الجماع في المدة وكذا العزم باليمين فاذا مضت المدة ولم يف اليها مع القدرة على الفي فقد حصل العزم الموكد باليمين بالفعل فتاكد الظلم في حقها فيتبين منه عقوبة عليه جزاء على ظلمه ومرحمة عليها ونظرا بتخليصها عن حباله لتوصل الى حقها من زوج اخر وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله حكم الايلا في حق البر هو التوقف وهو ان يوقف الزوج بعد مضي المدة فيخير بين الفي اليها بالجماع وبين تطليقها فان ابى اجبره القاضي على احدهما فان لم يفعل طلق عليه القاضي فاشتملت معرفة هذا الحكم على معرفة مسئلتين مختلفتين **احدهما** انه لا يوقف المولي بعد انقضا المدة عندنا بل يقع الطلاق عقيب انقضايها بلا فصل وعنده يوقف ويخير بين الفي والتطليق على ما بينا **والثانية** ان الفي يجب ان يكون في المدة عندنا بل يقع الطلاق عقيب انقضايها بلا فصل وعنده يوقف ويخير بين الفي والتطليق **احتج الشافعي** رحمه الله بقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر فان فاؤا فان الله غفور رحيم وان عزموا الطلاق خير المولي بين الفي

وبين عزم الطلاق بعد الاربعة الاشهر فدل ان حكم الايلا في حق البر هو
تخير الزوج بين الفي والطلاق بعد المده لا وقوع الطلاق عند مضي المده
لا وقوع الطلاق وان وقت بعد الفي في بعد المده لا في المده ولانه
قال وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم اي سميع الطلاق فلا
بد وان يكون مسموعا وذلك بوجود صوت الطلاق اذ غير الصوت
لا يحتمل الطلاق السماع ولو وقع الطلاق بنفس مضي المده من
غير قول وجد من الزوج او طرف منه فلم يتحقق صوت الطلاق
فلا ينعقد سماعه ولان الايلا يمنع من جماع اربعة اشهر لانه
الايلا يمنع من جماع اربعة اشهر لان اللفظ يدل عليه فقط
لا على الطلاق فالقول بوقوع الطلاق بمضي المده قول بالوقوع
من غير ايقاع وهذا لا يجوز **ولنا** ان الله تعالى جعل مدة
التربص اربعة اشهر والوقف يوجب الزياده على المده المنصوص
عليها وهي مدة اختيار الفي والطلاق من يومها وساعته فلا يجوز
الزياده الا بدليل ولهذا لما جعل دليل الشرع لساير المدد
التي بين الزوجين مقدارا معلوما من العدة ومدة العنين لم
يحتمل الزياده على ذلك المقدار وكذا مدة الطلاق ولان الفي
نقض اليمين ونقضها حرام في الاصل **قال الله تعالى** ولا تنقضوا
الايمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا الا انه ثبت
الاطلاق في المده بن مسعود وابي بن كعب فان فاؤا فيهن فبقي فيما
بعدهن حراما فيما وراها فلزم القول بالفي في المده وبوقوع الطلاق
بعد مضيها ولان الايلا كان طلاقا معجلا في الجاهلية فجعله
الشرع طلاقا موجلا والطلاق الموجل يقع بنفس انقضا الاجل
من غير ايقاع احد بعده كما اذا قال لها انت طالق راس الشهر
واما قوله ان الله تعالى ذكر الفي بعد الاربعة الاشهر فنعم لكن
هذا لا يوجب ان يكون الفي بعد مضيها **الا ترى** الى قوله تعالى
فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف بعد بلوغ الاجل وانه
لا يوجب الامساك بعد مضي الاجل وهو العده بل يوجبه
الامساك وهو الرجعه في العده والبينونه بعد انقضايها كذا
هذا **واما** قوله تعالى وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم
فقد قال قوم من اهل التاويل ان المراد من قوله سميع في هذا
الموضع اي سميع بايلايه والايلا مما ينطق به ويقال فيكون
مسموعا وقوله عليم ينصرف الى العزم اي عليم بعزيمة الطلاق
وبتركه الفي ودليل صحة هذا التاويل انه ذكر سميع عليم عقيب

امرين **احدهما** يحتمل السماع وهو الايلا **والاخر** لا يحتمل وهو عزمه
الطلاق فينصرف كل لفظ الى ما يليق به لينبيه فايدته وهي قوله تعالى
لتسكنوا فيه ولتبتغوا من فضله عقيب قوله ذكر الليل والنهار بقوله
ومن رحمته جعل لكم الليل والنهار انه صرف الى كل ما يليق به
لينبيه فايدته وهو السكون الى الليل وابتغا الفضل الى النهار
كذا هذا ولانه تعالى ذكر انه سميع عليم وكل مسموع معلوم وليس
كل معلوم مسموعا لان السماع لا يكون الا بالصوت فلو كان الطلاق
في الايلا بالقول فيكون مسموعا والايلا مسموع ايضا لوقعت
الكفايه بذكر السميع فلا يتعلق بذكر العليم فايده مستفاده ولو
كان الامر على ما قلنا ان الطلاق يقع عند مضي المده من غير قول يسمع
لا ينصرف ذكر العليم اليه لان ذلك ليس بمسموع حتى يعني ذكر السميع
عن ذكر العليم فيتعلق بذكر العليم فايده جديده فكان ما قلناه
اولى معنا انا لا نسلم ان سماع الطلاق يقف على ذكر الطلاق
بحروفه **الا ترى** ان كنايات الطلاق طلاق وهي مسموعه وان لم
يكن الطلاق مسموعا مذكورا بحروفه وكذا طلاق الاخرس فلم
يكن من ضروره كون الايلا طلاقا التلفظ بلفظ الطلاق فلا يكون
يقف سماع صوت الطلاق عليه **وقوله** لفظ الايلا لا يدل
على الطلاق ممنوع بل يدل عليه شرعا فان الشرع جعل الايلا
طلاقا معلقا بشرط البر فيصير الزوج بالاصرار على موجب
هذه اليمين معلقا بائنا بترك القربان اربعة اشهر ولم
افرتك فيها فانت طالق بائن عرفنا ذلك باشارة النص وهو
قوله تعالى وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم سمي ترك
الفي في المده عزم الطلاق واخبر انه سميع للايلا فدل ان الايلا
السابق يصير طلاقا عند مضي المده من غير في وبما ذكرنا من
المعنى المعقول **واما صفته** فقد قال اصحابنا ان الواقع
بعد مضي المده من غير في طلاق باين وقال الشافعي رحمه الله
اذا خير بعد انقضا العده فاختار الطلاق فهي واحده رجعيه
بنا على اصله ان الطلاق بعد المده يقع بايقاع مبتدا وهو
صريح الطلاق فيكون رجعيا **ولنا** اجماع الصحابه رضي
الله عنهم وانه روي عن عثمان وبن مسعود وبن عباس وزيد بن
ثابت رضي الله عنهم انهم قالوا اذا مضت اربعة اشهر فهي تطليقه
بائنه ولان الطلاق انما يقع عند مضي المده دفعا للظلم فلا يندفع
الظلم عنها الا بالباين ولان القول بوقوع الطلاق الرجعي

يودي الى العبث لان الزوج اذا ابى الفيء والتطليق يقدم الى الحاكم ه
ليطلق عليه الحاكم عنده ثم اذا طلق عليه الحاكم بدا بعدها الزوج
فيخرج فعل الحاكم مخرج العبث وهذا لا يجوز **واما قدره** وهو قدر
الواقع من الطلاق في الايلا **فالاصل** ان الطلاق يتبع المدة لا اليمين
فيتحد باتحاد المدة ويتعدد بتعددها في قول اصحابنا الثلاثة
وعند زفر رحمه الله يتبع اليمين فيتعدد بتعدد اليمين ويتحد
باتحادها ولا خلاف في ان المعتبر في حق حكم الحنث هو اليمين فينظر
الى اليمين في الاتحاد والتعدد لا الى المدة **وجه قول زفر** رحمه الله
ان وقوع الطلاق ولزوم الكفارة حكم الايلا والايلا يمين فيدور
الحكم مع اليمين فيتحد باتحادها ويتعدد بتعددها لان الحكم
يتكرر بتكرر السبب ويتحد باتحاده **ولنا** ان الايلا انما اعتبر
طلاقا من الزوج لمنعه حقها في الجماع في المدة منعا موكدا باليمين اذ
به يصير ظالما والمنع يتحد باتحادها المدة فيتحد الظلم فيتحد
الطلاق ويتعدد بتعددها فيتعدد الظلم فيتعدد الطلاق ه
فاما الكفارة فانها تجب لهتك حرمة اسم الله تعالى والهتك يتعدد
بتعدد الاسم ويتحد باتحاده **وعلى هذا الاصل** مسايل **اذا قال**
لامراته مرة واحدة والله لا اقربك فلم يقربها حتى مضت المدة
بانت بتطليقة واحدة وان قربها لزمته كفارة واحدة لاتحاد المدة
واليمين جميعا ولو قال لها في مجلس واحد والله لا اقربك والله لا
اقربك والله لا اقربك فان عنى به التكرار فهو ايلا واحد في حق حكم
الحنث والبر جميعا حتى لو مضت اربعة اشهر ولم يقربها بانت بتطليقة
واحدة ولو قربها في المدة لا يلزمه الا كفارة واحدة لان مثل هذا
يذكر للتكرار في العرف والعادة فاذا نوى به تكرار الاول فقد
نوى ما يحتمله كلامه فيصدق فيه وان لم يكن له نية فهو ايلا واحد
في حق حكم البر في قول اصحابنا الثلاثة وثلاث في حق حكم الحنث ه
بالاجماع حتى لو مضت اربعة اشهر ولم يقربها بانت بتطليقة ه
واحدة عندنا ولو قربها في المدة فعليه ثلاث كفارات بالاجماع
وعند زفر رحمه الله هو ثلاث ايلاات في حق حكم الحنث والبر جميعا
وينعقد كل ايلا من حين وجوده فاذا مضت اربعة اشهر ولم يقر
بها بانت بتطليقة ثم اذا مضت ساعة بانت بتطليقة اخرى ثم اذا
مضت ساعة اخرى بانت بتطليقة اخرى وان قربها في المدة فعليه
ثلاث كفارات **واصل هذه المسئلة** ان من قال لامراته اذا جا
غد فوالله لا اقربك اذا جا غد فوالله لا اقربك قال له ثلاثا فجا غد يصير

موليا في حق حكم البر ايلا واحدا عندنا وعنده يصير موليا ثلاث ايلاات ولا
خلاف في انه يصير موليا ثلاث ايلاات في حق حكم الحنث وان اراد به التغليظ ه
والتشديد فكذلك في قول ابي يوسف وابي حنيفة رحمهما الله انه ايلا واحد في حق
حكم البر استحسانا وعند محمد رحمه الله وزفر رحمهما الله هو ثلاث في حق البر
والحنث جميعا وهو القياس اما زفر فقد مر على اصله ان الحكم لليمين ه
لا للمدة لان اليمين هي السبب الموجب للحكم وقد تعددت فيتعدد الحكم
واما وجه القياس لمحمد ان المدة قد اختلفت لان كل واحد من هذه الايمان
وجدت في زمان فكانت مدة كل واحد منهما غير مدة الاخرى فصار كما
لو الامنها ثلاث مرات في ثلاث مجالس **وجه الاستحسان** ان المدد ه
وان تعددت حقيقة فهي متحدة حكما لتعذر ضبط الوقت الذي بين اليمينين
عند مضي اربعة اشهر فصارت مدة الايمان كلها مدة واحدة حكما ملحقا
بالثابت حقيقة ولو قال اذا جا غد فوالله لا اقربك يصير موليا ايلاين
احدهما في الحال والاخر في الغد في حق الحنث والبر جميعا لان المدد قد ه
تعددت حقيقة وحكما لاختلاف ابتدا كل مدة وانتهايها وامكان ضبط الوقت
الذي بين اليمينين ولو قال كلما دخلت هذه الدار فوالله لا اقربك او ه
قال والله لا اقربك كلما دخلت هذه الدار يصير موليا ايلاين ايلا في
حق البر وايلا واحدا في حق الحنث فاذا دخل الدار دخلتين ينعقد
الايلا الاول عند الدخلة الاولى والثاني عند الدخلة الثانية
حتى لو مضت اربعة اشهر من وقت الدخلة الاولى بانت بتطليقة اخرى
ولو قربها بعد الدخلتين لا تلزمه الا كفارة واحدة لتعدد المدة ه
واتحاد اليمين في حكم الحنث **والاصل** فيه ان اليمين بالله تعالى متى
علقت بشرط متكرر لا يتكرر انعقادها بتكرر الشرط واليمين بما هو
شرط وجزا اذا علقت بشرط متكرر يتكرر بتكرر الشرط وقوله والله
لا اقربك يمين بالله تعالى في حق الحنث ويمين بالطلاق في حق البر ه
ودليل هذا الاصل وبيان فروعه يعرف في الجامع الكبير وكذلك ه
اذا قال كلما دخلت واحدة من هاتين الدارين فوالله لا اقربك او كلما كلمت
واحدا من هذين الرجلين فوالله لا اقربك فدخل احديهما او كلم احدهما
صار موليا ايلا اخر في حق البر وهو ايلا واحد في حكم الحنث لما ذكرنا
وكذا اذا دخل الدارين دخلة دخلة او كلم الرجلين كلمة كلمة ه
فصل واما بيان ما يبطل به الايلا فما يبطل به الايلا نوعان
نوعا يبطل به اصلا في حق الحكمين جميعا وهو البر والحنث **واما** الذي يبطل
به الايلا في حق الحكمين جميعا وهو البر والحنث فشيء واحد **وهو** الفي بالجماع
في الفرج في المدة لانه يحنث به واليمين لا يبقى بعد الحنث لان حنث اليمين

نقضها والشي لا يبقى بعد وجود ما ينقضه وأما ما يبطل به في حق البر دون الحنث فشيآن أحدهما الفي بالقول عند استجماع شرايطه التي وصفناها فيبطل به الايلا في حق البر حتى لا تبين بمضي المده لما ذكرنا ان ترك الفي في المده شرط وقوع الطلاق بعد مضيها اذ هو عزيمة الطلاق وانما شرط بالنص لكنه يبقى في حق حكم الحنث حتى لو فآ اليها بالقول في المده ثم قدر على الجماع بعد المده فجامعها تلزمه الكفاره لان وجوب الكفاره يتعلق بالحنث والحنث هو فعل المحلوف عليه والمحلوف عليه هو الجماع في الفرج فلا يحصل الحنث بدونه **والثاني** الطلقات الثلاث حتى لو وقع عليها ثلاث تطليقات بالايلا وطلقها ثلاثا عقيب الايلا ثم تزوجت ثم عادت اليه فمضت اربعة اشهر لم يطاها فيها لا يقع عليها شي عند اصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم وعند زفر رحمه الله لا يبطل الايلا ويقع عليها الطلاق بالايلا ابدا بنا على ان استيفا طلاق الملك القايم للحال يبطل اليمين عندنا وعنده لا يبطلها وقد ذكرنا المسيله فيما تقدم ولو آلا منها ولم يف اليها حتى مضت اربعة اشهر فبانت منه بتطليقه وانقضت عدتها وتزوجت بزوج اخر ثم عادت الى الاول عاد حكم الايلا بالاجماع لكن عند ابي حنيفه رحمه الله وابي يوسف بثلاث تطليقات وعند محمد رحمه الله بما بقي بنا على ان الزوج الثاني يهدم الطلقه والطلقتين عندهما وعنده لا يهدم والمسيله قد مرت ولا يبطل بالابانه حتى لو آلا منها ثم ابانها قبل مضي المده ثم تزوجها فمضت المده من غير في قبل ان تبين بتطليقه اخرى بالايلا السابق ولو ابانها ولم يتزوجها حتى مضت المده وهي في العده يقع عليها تطليقه اخرى عندنا وعند زفر رحمه الله لا يقع وقد مرت المسيله وهل يبطل بمضي المده من غير في فان كان الايلا مطلقا او مويدا بان قال والله لا اقربك ابدا او قال والله لا اقربك ولم يذكر الوقت فمضت اربعة اشهر من غير في حتى بانت بتطليقه لا يبطل الايلا حتى لو تزوجها فمضت اربعة اشهر اخرى منذ تزوج يقع عليها تطليقه اخرى لان اليمين انعقدت مطلقه او مويده والعارض ليس الا البينونه واثرها في زوال الملك وزوال الملك لا يوجب بطلان اليمين بالطلاق لما عرف ان اليمين اذا انعقدت تبقى لاحتمال الفايده واحتمال الفايده ثابت لاحتمال العود فتبقى اليمين الا انه لا بد من الملك لانعقاد المده الثانيه فاذا تزوجها عاد الملك فعاد حقها في الجماع فاذا مضت المده الثانيه من غير في اليها فقد منعها حقها فظلمها فتقع تطليقه اخرى جزا على ظلمه وكذا اذا تزوجها بعد ما بانت بتطليقه

ثانية ومضت اربعة اشهر اخرى منذ تزوجها تبين بثالثه لما قلنا فان تزوجت بزوج اخر ثم تزوجها الاول فمضت اربعة اشهر لم يقربها فيها لا يقع عليها شي عند اصحابنا الثلاثه خلافا لزفر رحمه الله ولو آلا منها مطلقا او ابدا فمضت اربعة اشهر ولم يف اليها حتى بانت لم يتزوجها حتى مضت اربعة اشهر اخرى وهي في العده لا يقع عليها تطليقه اخرى لا لان اليمين قد بطلت بل هي باقيه لما بينا الا انها مبانه فلا تستحق الوطي على الزوج فلا يصير الزوج بالامتناع عن قربانها ظالما في المده ووقوع الطلاق كان لهذا المعنى ولم يوجد فلا يقع لكن يبقى اليمين حتى لو تزوجها ومضت المده من غير في يقع **والاصل** ان المدة المنعقده لا تبطل بالبينونه وان كانت لا تنعقد على المبانه على طريق الاستيناف ولو قربها قبل ان يتزوجها فعليه الكفاره لان اليمين باقيه وقد وجد شرط الحنث فيحنث ولو كان الايلا موقتا الى وقت معلوم اربعة اشهر او اكثر فمضت المده من غير في حتى وقع الطلاق لا يبقى الايلا وينتهي حتى لو قربها لا كفاره عليه ولو لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر لا يقع عليها شي لان الموقت الى وقت ينتهي عند وجود الوقت ولو حلف على قربان امراته بعتق عبد له ثم باعه سقط الايلا لانه صار بحال لا يلزمه شي بقربانها ثم اذا دخل في ملكه بوجه من الوجوه قبل القربان عاد حكم الايلا حتى لو تركها اربعة اشهر لم يقربها فيها تبين لان الجزا لا يتقيد بالملك القايم للحال لكن قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر فباعه ثم اشتراه فدخل الدار انه يعتق ولو دخل في ملكه بعد القربان لا يعود الايلا لبطلانه بالقربان وكذا اذا مات العبد بطل الايلا لان الجزا صار بحال لا يتصور وجوده فبطلت اليمين ولو قال ان قربتك فعبدي هذان حران فمات احدهما او باع احدهما لا يبطل الايلا لانه يلزمه بالقربان عتق ولو ماتا جميعا بطل الايلا وكذا لو باعهما جميعا معا او على التعاقب ولو باعهما ثم دخل احدهما في ملكه عاد الايلا فيه من وقت دخول الاول لان العايد غير الاول ولو قال لامراته انت طالق قبل ان اقربك بشهر فقربها قبل تمام الشهر من وقت اليمين بطلت اليمين ولو لم يقربها حتى مضى شهر يصير موليا لان معنى هذا الكلام اذا مضى شهر لم اقربك فيه فانت طالق ان قربتك ولو قال ذلك ومضى شهر لم يقربها فيه لصار موليا لما ذكرنا ان قوله انت طالق ان قربتك ايلا **الا ترى** انه لا يمكنه قربانها من غير شي يلزمه وهو الطلاق لانه علق الطلاق بالقربان وان لم يقربها حتى مضت

اربعة اشهر بانت بتطليقه لان هذا حكم الايلا في حق البر ولو قال انت طالق
ثلاثا قبل ان اقربك ولم يقل بشهر لا يصير موليا ويقع الطلاق من
ساعته لانه اوقع الطلاق في وقت هو قبل القربان وكما فرغ من كلامه
فقد وجد هذا الوقت فيقع ولو قال قبل ان اقربك بشهر يصير موليا
لان قبل الشي اسم لزمان يتقدم عليه مطلقا وكما فرغ من هذه
المقاله فقد وجد زمان متقدم على القربان فيقع الطلاق واما قبل
الشي بشهر اسم لزمان متقدم عليه متصل فما لم يوجد القربان لا
يعرف هذا الزمان وكان هذا تعليق الطلاق بالقربان كانه قال
ان قربتك فانت طالق ولو قربها وقع الطلاق بعد القربان
بلا فصل فان تركها حتى مضت اربعة اشهر بانت بالايلا كما لو نص
على التعليق بالقربان **فصل** واما بيان حكم الطلاق **فحكم**
الطلاق يختلف باختلاف الطلاق الرجعي والباين **ويتعلق** بكل واحد
منهما احكام بعضها اصلي وبعضها من التوابع **اما** الطلاق الرجعي
فالحكم الاصلي له وهو نقصان العدد فاما زوال الملك وحل الوطي
فليس بحكم اصلي له لازم حتى لا يثبت للحال وانما يثبت في الثاني بعد
انقضا العده فان طلقها ولم يراجعها بل تركها حتى انقضت عدتها بانت
وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله زوال حل الوطي من احكامه
الاصليه حتى لا يحل له وطيها قبل الرجعه واليه مال ابو عبد الله
البصري **واما** زوال الملك فقد اختلف فيه اصحابه **قال** بعضهم
الملك يزول في حق حل الوطي لا غير **وقال** بعضهم لا يزول اصلا وانما
يحرم وطيها مع قيام الملك من كل وجه كالوطي في حالة الحيض والنفاس
وجه قوله ان الطلاق واقع للحال فلابد ان يكون له اثر ناجز وهو
زوال حل الوطي او زوال الملك في حق الحل وقد ظهر اثر الزوال
في الاحكام حتى لا تحل له المسافرة بها والخلوه وبزول قسمها
والاقرا قبل الرجعه محسوبه من العده ولهذا سمى الله تعالى
الرجعة ردا في كتابه بقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن والرد
في اللغه عبارة عن اعادة الغايب فيدل على زوال الملك من
وجه **ولنا** قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن في ذلك وقوله
وبعولتهن اي ازواجهن وقوله هن كناية عن المطلقات سماه
زوجا بعد الطلاق ولا يكون زوجا الا بعد قيام الزوجيه فدل
ان الزوجيه قايمة بعد الطلاق والله سبحانه وتعالى احل للرجل
وطي زوجته بقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم
او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين **وقوله** نساؤكم حرث لكم فاتوا

حرثكم

حرثكم انى شئتم وقوله تعالى ومن اياته ان خلق لكم من انفسكم ازواجا
لتسكنوا اليها ونحو ذلك من النصوص **والدليل** على قيام الملك من كل
وجه انه يصح طلاقه وظهاره وايلاوه ويجري اللعان بينهما ويتوارثان
وهذه احكام الملك المطلق وكذا يملك مراجعتها بغير رضاها
ولو كان ملك النكاح زايلا من وجه لكانت الرجعه انشا النكاح على الحره
من غير رضاها من وجه وهذا لا يجوز **واما** قوله الطلاق واقع
في الحال فمسلم لكن التصرف الشرعي قد يظهر اثره للحال وقد يتراخى
عنه كالبيع بشرط الخيار كالتصرف الحسي وهو الرمي وغيره كذلك فجاز
ان يظهر اثر هذا الطلاق بعد انقضا العده وهو زوال الملك وحرمة
الوطي على ان له اثرا ناجزا وهو نقصان عدد الطلاق ونقصان حل
المحليه وغير ذلك على ما عرف في الخلافيات **واما** المسافره بها
فقد قال زفر من اصحابنا انه يحل له المسافرة بها قبل الرجعه واما
على قول اصحابنا الثلاثه انما لا يحل لا لزوال الملك بل لكونها معتده
وقد قال الله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان ياتين
بفاحشة مبينه نهى الرجال عن الاخراج والنسا عن الخروج فيسقط
الزوج العدة بالرجعه لتزول الحرمه ثم يسافر **واما** الخلوه فان كان
من قصده الرجعه لا يكره وان لم يكن من قصده المراجعه يكره لكن لا لزوال
النكاح من وجه وارتفاع الحل بل للاضرار بها لانه اذا لم يكن من قصده
الرجعه لا يكره استيفا النكاح بالرجعه فمتى خلا بها فربما يقع بينهما
المساس عن شهوة فيصير مراجعا لها ثم يطلقها ثانيا فيودي الى تطويل
العدة عليها فتتضرر بذلك وهو معنى قوله تعالى ولا تمسكوهن ضرارا
لتعتدوا وكذلك القسم لانه لو ثبت لها القسم لخلا بها فيودي الى ما
ذكرنا اذا لم يكن من قصده المراجعه حتى لو كان من قصده ان يراجعها
لكان لها القسم وله الخلوة بها وانما احتسبنا الاقرا من العده لا لانعقاد
الطلاق سببا لزوال الملك والحل للحال على وجه تم عليه عند انقضا
العده وهو الجواب عن قوله ان الله تعالى رد لانه يجوز اطلاق الرد
عند انعقاد سبب زوال الملك بدون الزوال كما في البيع بشرط خيار
المتعاقدين انه يطلق اسم الرد عند اختيار الفسخ وان لم يزل الملك
عن البايع ولم يثبت للمشتري لانعقاد سبب الزوال بدون الزوال
ويكون الرد فسخا للسبب ومنعا له عن العمل في اثبات الزوال
كذا ههنا ولها ان تتشوف وتتزين لان الزوجيه قايمة من كل وجه
ويستحب لها ذلك لعل زوجها يراجعها **وعلى هذا** ينبني حق الرجعه
انه ثابت للزوج بالاجماع سوا كان الطلاق واحدا او اثنين

اما عندنا فلبقا الملك من كل وجه واما عنده فلبقا اباحه فيها واحل
الوطي وبالله التوفيق **ثم الكلام** في الرجعه يقع في مواضع **في** بيان
شرعية الرجعه **وفي** بيان ماهيتها **وفي** بيان ركنها **وفي** بيان شرايط جواز
الركن **اما الاول** فالرجعه مشروعة عرفت شرعيتها بالكتاب والسنه
والاجماع والمعقول **اما الكتاب** فقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن
اي رجعتهن وقوله تعالى واذا طلقتم النسا فبلغن اجلهن فامسكوهن
بمعروف وقوله تعالى يا ايها النبي اذا طلقتم النسا الى قوله فاذا
بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف وقوله
تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان والامساك
بمعروف هو الرجعه **واما السنه** فما روينا ان عبد الله بن عمر لما
طلق امراته في حالة الحيض قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لعمر مر ابنك ان يراجعها الحديث **وروى** ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم لما طلق حفصه جاه جبريل صلوات الله عليه فقال له راجع حفصه
فانها صوامه قوامه فراجعها وكذا **روى** انه صلى الله عليه وسلم
طلق سوده ثم راجعها وعليه الاجماع **واما المعقول** فلان
الحاجه تمس الى الرجعه لان الانسان قد يطلق امراته ثم يندم على ذلك
على ما اشار اليه الرب سبحانه وتعالى بقوله لا تدري لعل الله يحدث
بعد ذلك امرا فيحتاج الى التدارك فلو لم تثبت الرجعه لا يمكنه
لما عسى لا توافقه المراه في تجديد النكاح ولا يمكنه الصبر عنها فيقع
في الزنا **واما** بيان ماهية الرجعه فالرجعه عندنا استدامة
الملك القايم ومنعه من الزوال وفسخ السبب المنعقد لزوال
الملك وعند الشافعي رحمه الله **هي** استدامة من وجه وانشا من
وجه وعلى بنا ان الملك عنده قايم من وجه وعندنا هو قايم من كل
وجه وعلى هذا تبين ان الشهاده ليست بشرط لجواز الرجعة عندنا
وعنده شرط **ووجه البنا** ان الشهاده شرط ابتدا العقد وانشايه
لا شرط البقا والرجعه استيفا العقد عندنا فلا يشترط الشهاده
وعنده هي استيفا من وجه وانشا من وجه فلا يشترط لها الشهاده
من حيث هي انشا لا من حيث هي استيفا فصح البنا **ثم** الكلام
فيه على وجه الابتدا **احتج** الشافعي رحمه الله بقوله تعالى واشهدوا
ذوي عدل منكم فظاهر الامر لوجوب العمل فيقتضي وجوب الشهاده
ولنا نصوص الرجعه من الكتاب والسنه مطلقه عن شرط الاشهاد
الا انه يستحب الاشهاد عليها اذ لو لم يشهد لا يامن من ان تنقضي
العده فلا تصدق المراه في الرجعه ويكون القول قولها بعد انقضا

العده فندب الى الاشهاد لهذا وعلى هذا يحمل الايه وفي الايه ما يدل
عليه لانه تعالى قال فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او فارقوهن
بمعروف فجمع بين الفرقه جمع بين الفرقه والرجعه وامر بالاشهاد
بقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم ومعلوم ان الاشهاد
على الفرقه ليس بواجب بل هو مستحب كذا على الرجعه او يحمل
هذا توفيقا بين النصوص بقدر الامكان وكذا لا مهر في الرجعه
ولا يشترط فيها رضا المراه لانها من شرط ابتدا العقد لا من شرط
البقا وكذا اعلامها بالرجعه ليس بشرط حتى لو لم يعلمها بالرجعه جازت
لان الرجعه حقه على الخلوص لكونه تصرفا في ملكه بالاستيفا
والاستدامه فلا يشترط فيه اعلام الغير كالاجازه في الخيار لكنه
مندوب اليه ومستحب لانه اذا راجعها ولم يعلمها بالرجعه فمن الجايز
انها تتزوج عند مضي ثلاث حيض ظنا منها ان عدتها قد انقضت
فكان ترك الاعلام فيه تسببا الى عقد حرام عسى فاستحب له ان
يعلمها ولو راجعها ولم يعلمها حتى انقضت مدة عدتها وتزوجت
بزوج اخر ثم جا زوجها الاول فهي امراته سوا كان دخل الثاني
بها او لم يدخل ويفرق بينها وبين الثاني لان الرجعه قد صحت
بدون علمها فتزوجها الثاني وهي امراة الاول فلم يصح **وعلى
هذا** يبنى الرجعه بالفعل بان جامعها انها جايزه عندنا وعند
الشافعي رحمه الله لا يجوز الرجعه الا بالقول **ووجه البنا** على هذا
الاصل ان الرجعه عنده انشا النكاح من وجه وانشا النكاح من كل وجه
لا يجوز الا بالقول فكذا انشاوه من وجه وعندنا هي استدامة
النكاح من كل وجه فلا يختص بالقول ويبنى ايضا على حل الوطي وحرمته
ووجه البنا ان الوطي لما كان حلالا عندنا فاذا وطيها فلو لم
يجعل الوطي دلالة الرجعه وربما لا يراجعها بالقول بل يتركها حتى
تنقضي عدتها فيزول الملك عند انقضا العده بالطلاق السابق
لانه لا فعل منه الا ذلك فيزول الملك مستندا الى وقت وجود
الطلاق فتبين ان الملك كان زايلا من وقت الطلاق من وجه
فيظهر ان الوطي كان حراما فجعل الاقدام على الوطي دلالة
الرجعه وصيانة له عن الحرام وعنده لما كان الوطي حراما لا يعتد
عليه فلا ضروره الى جعله دلالة الرجعه **ثم** ابتدا الدليل
لنا في المسئله قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن سمى الرجعه
ردا والرد لا يختص بالقول كرد المغصوب ورد الوديعه قال
النبي صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى ترده وقوله فامسكوهن

بمعروف وقوله تعالى فامساك بمعروف نسمي الرجعه امساكا والامساك
حقيقة يكون بالفعل وكذا ان جامعها معتنه وهو نايم او مجنون لان
ذلك حلال لها عندنا فلو لم يجعل رجعه لصارت مرتكبه للحرام
على تقدير انقضا العده من غير رجعه من الزوج فجعل ذلك منها رجعه
شرعا ضرورة التحرز عن الحرام ولان جماعها كجماعه لها في باب التحريم
فكذا في باب الرجعه وكذلك ان لمسها بشهوة او نظر الى فرجها
عن شهوة فهو مراجع لما قلنا وان لمس او نظر لغير شهوة لم يكن رجعه
لان ذلك حلال في الجمله **الاخرى** ان القابله والطبيب ينظر الى
الفرج ويمس الطبيب عند الحاجة اليه لغير شهوة فلا ضرورة الى
جعله رجعه وكذلك اذا نظر الى غير الفرج لشهوة لان ذلك
ايضا مباح في الجمله ويكره التقبيل واللمس لغير شهوه اذا لم يرد
به المراجعه وكذا يكره ان يراها متجرده لغير شهوة كذا قال ابو
يوسف رحمه الله لانه لا يامن ان يشتهي فيصير مراجعا من غير
اشهاد وذلك مكروه وكذا لا يامن من الاضرار لجواز ان يشتهي
فيصير به مراجعا وهو لا يريد امساكها فيطلقها فتطول العده
عليها فيتضرر به والله تعالى نهى عن ذلك بقوله تعالى ولا تمسكوهن
ضرارا لتعتدوا وكذا قال ابو يوسف رحمه الله ان الاحسن اذا دخل
عليها ان يتنحنح ويسمعها خفق نعله ليس من اجل انها حرام
ولكن لا يامن من ان يرى الفرج بشهوة فيكون رجعه بغير اشهاد
وهذا عبارة ابي يوسف رحمه الله ولو نظر الى دبرها من غيره
موضع خروج الغايط بشهوة لم يكن ذلك رجعه كذا ذكر في الزيادات
وهو قول محمد الاخير وكان يقول اولا انه يكون رجعه ثم حكى ابراهيم
بن رستم رجوعه وهو قياس قول ابي حنيفه رحمه الله لان ذلك
السبيل لا يجري مجرى الفرج **الاترى** ان الوطي فيه لا يوجب الحد
عنده فكان النظر اليه كالنظر الى ساير البدن ولان النظر الى
الفرج لشهوة انما كان رجعة لكونه حلالا تقريرا للحل صيانة عن
الحرام والنظر الى هذا المحل عن شهوة مما لا يحتمل الحل بحال كما
ان الفعل فيه لا يحتمل الحل بحال فلا يصلح دليلا على الرجعه ولو
نظرت الى فرجه لشهوة **قال** ابو يوسف قياس قول ابي حنيفه
رحمه الله ان يكون رجعه وهذا قبيح ولا يكون رجعة كذا قال ابو يوسف
والصحيح قياس قول ابي حنيفه رحمه الله لما ذكرنا فيما اذا جامعته
وهو نايم او مجنون ولان النظر حلال لها كالوطي فيجعل رجعه
تقديرا للحل صيانة عن الحرمه ولان النظرين يستويان في التحريم

الا

الاخرى ان نظرها الى فرجه كنظره الى فرجها في التحريم فكذا في الرجعه ولو
لمسته لشهوة مختلسة او كان نايما او اعترف الزوج انه كان لشهوة فهو رجعة
في قول ابي حنيفه ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله ليس برجعه فابو
حنيفه رحمه الله سوى بينها وبين الجاريه المشتراة بشرط الخيار للمشتري
اذا لمست المشتري انه يبطل خياره ومحمد رحمه الله فرق بينهما فقال
ها هنا يكون رجعة وهناك لا يكون اجازة للبيع وعن ابي يوسف رحمه الله
في الجاريه روايتان في رواية فرق فقال ثمه يكون اجازه للبيع
وههنا لا يكون رجعة وفي رواية سوى بينهما فقال فعلها لا يكون
رجعة ولا فعل الامة يكون اجازة ثمه فعلى هذه الروايه لا يحتاج
الى الفرق بين المسئلتين **ووجه الفرق** له على الرواية الاخرى
ان بطلان الخيار لا يقف على فعل المشتري بل قد يبطل بغير فعله
كما اذا تعيبت بيده بآفة سماويه **فاما** الرجعه فلا يجوز ان يثبت
الا باختيار الزوج حتى قال ابو يوسف رحمه الله انها اذا لمسته
فتركها وهو يقدر على منعها كان ذلك رجعه لانه لما مكنها من
اللمس فقد حصل ذلك باختياره فصار كانه لمسها وكذلك قال
ابو يوسف رحمه الله اذا ابتدات اللمس وهو مطاوع لها انه يكون
رجعة لما قلنا **ووجه الفرق** لمحمد رحمه الله ان اسقاط الخيار
لو جاز لا دخل الشي في ملك المشتري والامة لا تملك ذلك وليست الرجعه
لو جاز للمراة على ملك النكاح الزوج لانها على ملكه فلو جعلناه
مراجعا بفعلها لم يملكه ما لم يكن ملكا له فصحت الرجعه ولابي حنيفه
رحمه الله على نحو ما ذكرنا وهو ان اللمس حلال من الجانبين عند ما
فلو لم يعقد الحل فيه وصيانة عن الحرمه وذلك بجعله رجعه
على ما سبق بيانه كما قال في الجاريه ان اللمس منها لو لم يجعل اجازه
للبيع ربما انفسخ البيع فيتبين ان اللمس حصل في ملك الغير من
وجه وما ذكره ابو يوسف رحمه الله ان الرجعه لا تثبت بغيره
بغير اختيار الزوج وما ذكر محمد رحمه الله ان اسقاط الخيار وادخال
المبيع في ملك المشتري ممنوع بل المبيع يدخل في ملكه بالسبب
السابق عند سقوط الخيار وعلى ان هذا فرقا بين المسئلتين
فيما وراء المعنى المؤثر **والفرق** بين المسئلتين فيما وراء المعنى
المؤثر لا يقدح في الجمع بينهما في المعنى المؤثر قال محمد رحمه الله ولو ان
صدقها الورثه بعد موته انها لمسته عن شهوة كان ذلك رجعة لان
الورثه قاموا مقامه فكان صدقها قبل موته قال ولو شهد الشهود
انها قبلته بشهوة لم تقبل شهادتهم لان الشهوه معنى في القلب

لايقف عليه الشهود فلا تقبل شهادتهم فيه وان شهدوا على الجماع قبلت
لان الجماع معنى يوقف عليه ويشاهد ولا يحتاج فيه الى شرط الشهوة
فتقبل فيه الشهادة اما ركن الرجعة فهو قول او فعل يدل على الرجعة
اما القول فنحو ان يقول لها راجعتك او رددتك او رجعتك او
رددتك او اعدتك او راجعت امراتي او راجعتها او رددتها او اعدتها
ونحو ذلك لان الرجعة رد واعادة الى الحالة الاولى ولو قال لها نكحتك
او تزوجتك كان رجعة في ظاهر الرواية **وروي** عن ابي حنيفة رحمه
الله انه لا يكون رجعة **وجه هذه الرواية** ان النكاح بعد الطلاق الرجعي
قائم من كل وجه فكان قوله نكحتك اثبات الثابت وانه محال فلم يكن مشروعا
فكان ملحقا بالعدم شرعا فلم يكن رجعة بخلاف قوله راجعتك لان ذلك
ليس باثبات النكاح بل هو استبقا النكاح الثابت وانه محال الاستبقا
لانه انعقد سبب زواله والرجعة منع للسبب ومنع له عن العدم العمل
فيصح **وجه ظاهر الرواية** ان النكاح وان كان ثابتا حقيقة لكن المحل
لا يحتمل الاثبات فيجعل مجازا عن استبقا الثابت لما بينهما من المشابهة
تصحيحا لتصرفه بقدر الامكان **وقد قيل** في احدنا وبلي قوله تعالى
وبعولتهن احق بردهن في ذلك اي ازواجهن احق بنكاحهن في العدة من
غيرهم من الرجال والنكاح المضاف الى المطلقة طلاقا رجعيا هو
الرجعة فدل ان ثبوت الرجعة بلفظ النكاح **واما الفعل** الدال
على الرجعة فهو ان يجامعها او يمس شيا من اعضايها لشهوة او ينظر
الى فرجها عن شهوة او يوجد شي من ذلك منها على ما بينا **ووجه
دلالة هذه الافعال** على الرجعة ما ذكرنا فيما تقدم وهذا عندنا
واما عند الشافعي رحمه الله تعالى فلا تثبت الرجعة الا بالقول
بنا على اصل ذكرنا والله الموفق **واما** شرايط جواز وجوب الرجعة **فمنها**
قيام العدة فلا تصح الرجعة بعد انقضا العدة لان الرجعة استدامة
الملك والملك يزول بعد انقضا العدة فلا يتصور الاستدامة اذ
الاستدامة للقايم لصيانته عن الزوال لا للمزيل كما في البيع بشرط
الخيار للبايع اذا مضت مدة الخيار لانه لا يملك استبقا الملك في
المبيع بزوال ملكه بمضي المدة كذا هذا ولو طهرت من الحيضة
الثالثة ثم راجعها فهذا على وجهين ان كانت ايامها في الحيض عشرة
لا تصح الرجعة وتحل للازواج بمجرد انقطاع الدم لانا تيقنا بانقضا
العدة لان انقضاها بانقضا الحيضة الثالثة وقد انقضت بيقين
لانقطاع دم الحيض بيقين اذ لا مزيد للحيض على عشرة **الا ترى**
انها اذا رات اكثر من عشرة لم يكن الزايد على العشرة حيضا فتيقنا بانقضا

العدة ولا رجعة بعد انقضا العدة وان كانت ايامها دون العشرة فان
كانت تجد ما فلم تغتسل ولا تيممت وصلت به ولا مضي عليها وقت
كامل من اوقات ادنى الصلوات اليها لا تنقطع الرجعة ولا تحل للازواج
وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا اعرف بعد الاقرا معنى معتبرا
في انقضا العدة وهذا خلاف الكتاب والسنة واجماع الصحابة
اما الكتاب فقوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن اي يغتسلن
واما السنة **فما روي** عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
الزوج احق برجعتها ما دامت في مغتسلها وروي ما لم تغتسل من
الحيضة الثالثة **واما** اجماع الصحابة فانه روي عن علقمة عن بن
مسعود رضي الله عنهما انه قال كنت عند عمر بن الخطاب رضي الله عنه
فجا رجل وامراة فقال الرجل زوجتي طلقتها وراجعتها فقالت
ما يمنعني ما صنع ان اقول ما كان انه طلقني وتركني حتى حضت
الحيضة الثالثة وانقطع الدم وغلقت بابي ووضعت غسلي وخلعت
ثيابي فطرق الباب فقال قد راجعتك فقال عمر قل فيها
يا ابن ام عبد فقلت ارى ان الرجعة قد صحت ما لم يحل لها الصلاة
فقال عمر رضي الله عنه لو قلت غير هذا لما رايته صوابا **وروى** مكحول
ان ابا بكر وعمر وعليا وبن مسعود وابا الدردا وعبادة بن الصامت
وعبد الله بن قيس الاشعري رضي الله عنهم كانوا يقولون في الرجل
يطلق امراته تطليقة او تطليقتين انه احق بها ما لم تغتسل من الحيضة
الثالثة ترثه ويرثها ما دامت في العدة فاتفقت الصحابة على اعتبار
الغسل فكان قوله مخالفا للحديث واجماع الصحابة فلا يعتد به
ولان ايامها اذا كانت اقل من عشرة لم نستيقن انقطاع دم الحيض
لاحتمال العادة في ايام الحيض اذ الدم لا يدر درا واحدا ولكنه
يدر مرة وينقطع اخرى فكان احتمال العود قايما والعايد يكون
دم حيض الى العشرة فلم يوجد انقطاع دم الحيض بيقين فلا يثبت
الطهر بيقين فتبقى العدة لانها كانت ثابتة بيقين والثابت
بيقين لا يزول بالشك كمن استيقن بالحدث وشك في الطهارة
بخلاف ما اذا كانت ايامها عشرا لانه لا يحتمل الحيض فتيقنا
بانقطاع دم الحيض فيزول الحيض ضرورة ويثبت الطهر
وههنا بخلافه على ما بينا والشافعي رحمه الله بنى في هذا على
اصله ان العدة بالاطهار لا بالحيض فاذا طعنت في اول الحيضة
الثالثة فقد انقضت العدة من غير حاجة الى شي اخر ونستدل
على بطلان هذا الاصل في موضعه فيبطل الفرع ضرورة فاذا

اغتسلت انقطعت الرجعه لانه ثبت لها حكم من احكام الطاهرات وهو اباحة
اداء الصلاة اذ لا يباح اداوها للحايض فتقرر الانقطاع بقرينة الاغتسال
فتنقطع الرجعه **و** كذا اذا لم تغتسل ولكن مضى عليها وقت صلاة فصارت
الصلاة دينا في ذمتها وهذا من احكام الطاهرات اذ لا تجب الصلاة
على الحايض فلا تصير دينا عليها فاستحكم الانقطاع بهذه القرينه
فانقطعت الرجعه وكذلك اذا لم تجد الما بان كانت مسافره فتيممت
وصلت لان صحة الصلاة حكم من احكام الطاهرات فاستحكم الانقطاع
فتنقطع الرجعه فاما اذا تيممت ولم تصل فهل تنقطع الرجعه اختلف
فيه اصحابنا قال ابو حنيفه وابو يوسف رحمهما الله لا تنقطع وقال محمد رحمه الله
تنقطع **وجه قوله** انها لما تيممت فقد ثبت لها حكم من احكام الطاهرات وهو
اباحة الصلاة فلا يبقى الحيض ضرورة كما لو اغتسلت او تيممت وصلت
به **وجه قولهما** على نحو ما ذكرنا ان ايامها اذا كانت دون العشره
لم تستيقن بانقضاء عدتها بيقين انقطاع الدم من غير قرينة تنضم اليه
لاحتمال ان يعاود الدم في العشره فيتبين انها حايض والحيض
كان ثابتا بيقين فلا يحكم بزواله الا عند وجود الطهر بيقين
ولم يوجد بقرينة التيمم فلا تصير في حكم الطاهرات بيقين لانه
ليس بيقين بطهور حقيقة وانما جعل طهورا شرعا عند عدم الماء
لقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا **والدليل** عليه انها لو
رات الما قبل الشروع في الصلاة او بعد ما شرعت فيها قبل الفراغ
منها بطل تيممها فكان التيمم طهارة مطلقة شرعا لكن عند حال عدم
الما واحتمال وجود الما في كل ساعة قايم فكان احتمال عدم الطهور
به ثابتا فلم يوجد الطهاره بيقين فيبقى نجاسة الحيض الا انه ابيح
اداء الصلاة به لعدم الما في الحال من حيث الظاهر مع احتمال
الوجود فاذا لم تجد وصلت به وفرغت من الصلاه فقد استحكم
العدم فاستحكمت الطهاره الحاصلة بالتيمم فلا يبقى الحيض فاما
قبل ذلك فاحتمال عدم الطهاره ثابت لاحتمال عدم الطهاره
ثابت لاحتمال وجود الما فلا يكون طهاره شرعا بيقين بخلاف
الاغتسال لكون الما طهورا مطلقا واذا ثبتت الطهاره بيقين
انتفى الحيض ضروره لانه ضدها بخلاف ما اذا مضى عليها وقت
كامل من اوقات الصلوات لان الصلاة صارت دينا في ذمتها
بيقين فقد ثبت في حقها حكم من احكام الطاهرات بيقين فلا يبقى
الحيض بيقين فتنقضي العده بيقين ولو اغتسلت بسور الحمار
انقطعت الرجعه بنفس الاغتسال بالاجماع ولكنها لا تحل للازواج

لانها ... بيقين

لان

لان سور الحمار مشكوك فيه اما في طهوريته او في طهارته على اختلافهم
في ذلك فان كان طاهرا او طهورا تنقطع الرجعه وتحل للازواج
لانقضاء العده لتقرر الانقطاع بالاغتسال وان لم يكن او كان
طاهرا غير طهور لا تنقطع الرجعه ولا تحل للازواج فاذا وقع
الشك لزم اعتبار الاحتياط في ذلك كله وذلك لما قلنا وهو
ان تنقطع الرجعه ولا تحل للازواج اخذا بالثقة في الحكمين واحترازا
عن الحرمه في البابين ولا تصلي بذلك الغسل ما لم تتيمم ولو
اغتسلت المعتده وبقي من بدنها شي لم يصبه الما فلبا في
لا يخلو اما ان كان عضوا كاملا واما ان كان اقل من عضو
فان كان عضوا كاملا فله الرجعه وان كان اقل من عضو فلا رجعه
له **ثم اختلف** ابو يوسف ومحمد رحمهما الله فقال ابو يوسف رحمه الله
قوله لا رجعة له في الاقل هذا استحسان والقياس ان يكون له
فيه الرجعه ومحمد رحمه الله قاس المتروك اذا كان عضوا على
ترك المضمضه والاستنشاق وقال هناك تنقطع الرجعه
فالقياس عليه ان تنقطع ههنا ايضا الا انهم استحسنوا وقالوا لا
تنقطع لان العضو الكامل مجمع على وجوب غسله وهو مما لا يتغافل
عنه عادة فتنقطع الرجعه كما لو كان المتروك زايدا على عضو
بخلاف المضمضه والاستنشاق لان ذلك غير مجمع على وجوبه
بل وجوبه مجتهد فيه وابو يوسف رحمه الله يقول المتروك وان قل يحكم
الحدث باق **الا ترى** انه لا تباح الصلاة معه وان قل ومع بقا الحدث
لا يثبت الطهاره وهذا يوجب التسويه بين القليل والكثير الا
انهم استحسنوا في القليل وهو ما دون العضو فقالوا انه ينقطع
الرجعه فيه لان هذا القدر مما يتغافل عنه عاده ويحتمل ايضا
انه اصابه الما ثم جف فيحكم بانقطاع الرجعه فيه ويبقى الامر على
اصل ابي حنيفه **واختلفت** الروايه عن ابي يوسف رحمه الله في
المضمضه والاستنشاق **روى** عنه انه تنقطع الرجعه وروي عنه
ايضا انه لا تنقطع الرجعه وقال محمد رحمه الله تبين من زوجها
ولكنها لا تحل للازواج **وجه قوله** وهو احدى الروايتين عن ابي
يوسف في انقطاع الرجعه ان وجوب المضمضه والاستنشاق
مختلف فيه وموضع الاجتهاد موضع تعارض الادله فلا يخلو
الشك والشبهه والرجعه يسلك بها مسلك الاحتياط فلا يجوز
ابقاوها بالشك فينقطع ولا يجوز اثبات حال التزوج بالشك
ايضا لذلك لم يجزه محمد رحمه الله **وجه الروايه الاخرى** لابي يوسف

رحمه الله ان الحدث قد بقي في عضو كامل فتبقى الرجعه هذا اذا كانت المطلقه
مسلمه فاما اذا كانت كتابيه فقد قالوا ان الرجعه تنقطع عنها بنفس
انقطاع الدم لانها غير مخاطبه بالغسل فلا يلزمها فرض الغسل
فصارت كالمسلمه اذا اغتسلت **ومنها** عدم التعليق بشرط الاضافه
الى وقت في المستقبل حتى لو قال الزوج بعد الطلاق ان دخلت الدار
فقد راجعتك او راجعتك ان دخلت الدار او ان كلمت فلانا او اذا
جاء غد فقد راجعتك او قال راجعتك غدا او راس الشهر كذا لم
تصح الرجعه في قولهم جميعا لان الرجعه استبقا ملك النكاح فلا
يحتمل التعليق بشرط الاضافه الى وقت في المستقبل كما لا يحتملها
انشا الملك ولان الرجعه تتضمن انفساخ الطلاق في انعقاده
سببا لزوال الملك ومنعه عن عمله في ذلك فاذا علقها بشرط
او اضافها الى وقت في المستقبل فقد استبقى الطلاق الى
غاية واستبقا الطلاق الى غاية يكون كابتدايه اذ هو لا يحتمل
التوقيت كما اذا قال لامراته انت طالق يوما او شهرا او سنه
انه لا يصح التوقيت ويتابد الطلاق فلا تصح الرجعه هذا اذا
انشا الرجعه فاما اذا اخبر عن الماضي بان قال كنت راجعتك امس
فان صدقته المراه فقد ثبتت الرجعه سوا قال ذلك في العده
او بعد انقضا العده بعد ان كانت المراه في العده امس وان
كذبته فان قال ذلك في العده فالقول قوله لانه اخبر عما يملك
انشاه في الحال لان الزوج يملك الرجعه في الحال ومن اخبر
عن امر يملك انشاه في الحال يصدق فيه اذ لو لم يصدق فينشيه
للحال فلا يفيد التكذيب فصار كالوكيل قبل العزل اذا قال
بعته امس وان قال بعد انقضا العده فالقول قولها لانه اخبر
عما لا يملك انشاه في الحال لانه لا يملك الرجعه بعد انقضا العده
فصار كالوكيل بعد العزل اذا قال قد بعت وكذبه الموكل
ولا يمين عليها في قول ابي حنيفه رحمه الله وعند ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله يستحلف وهذه من المسايل المعدوده التي
لا يجري فيها الاستحلاف عند ابي حنيفه رحمه الله نذكرها في كتاب
الدعوى ان شا الله تعالى وان اقام الزوج بينه قبلت بينته
وثبتت الرجعه لان الشهاده قامت على الرجعه في العده فتسمع
ولو كانت المطلقه امة الغير فقال زوجها بعد انقضا العده كنت
راجعتك وكذبته الامه وصدقه المولى فالقول قولها عند ابي
حنيفه رحمه الله ولا تثبت الرجعه وعندهما القول قول الزوج

والمولي وتثبت الرجعه لانها ملك المولي **وجه قول حنيفه** رحمه الله ان انقضا
عدتها اخبار منها عن حالها حيضها وذلك اليها لا الى المولى كالحره فان
قال لها قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي فالقول قولها
عند ابي حنيفه رحمه الله مع يمينها وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله القول
قول الزوج واجمعوا على انها لو سكتت ساعة ثم قالت انقضت عدتي
يكون القول قول الزوج ولا خلاف ايضا في انها اذا بدات فقالت
انقضت عدتي ~~فالقول قول الزوج~~ فقال الزوج مجيبا لها موصولا
بكلامها راجعتك يكون القول قولها **وجه قولهما** ان قول الزوج راجعتك
وقع رجعة صحيحة لقيام العده من حيث الظاهر فكان القول قول المراه
انقضت عدتي اخبارا عن انقضا العده ولا عده لبطلانها
بالرجعه فلا تسمع كما لو سكتت ساعة ثم قالت انقضت عدتي ولان
قولها انقضت عدتي ان كان اخبارا عن انقضا العده في زمان
متقدم على قول الزوج لا تقبل منها بالاجماع كما لو اسندت الخبر
عن الانقضا اليه نصا بان قالت كانت عدتي قد انقضت قبل
رجعتك لكونها متهمه في التاخير في الاخبار وان كان ذلك
اخبارا عن انقضا العده في زمان مقارن لقول الزوج فهذا نادر
فلا يقبل قولها **وجه قول ابي حنيفه** ان المراة امينه في اخبارها
عن انقضا العده فان الشرع ايتمنها في هذا الباب **قال الله تعالى**
ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن ان كن يومن بالله واليوم
الاخر **قيل** في التفسير انه الحيض والحبل نهاهن عن الكتمان امره
بالاظهار اذ النهي عن الشي امر بضده والامر بالاظهار امر بالقبول
لتظهر فايدة الاظهار فلزم قبول قولها وخبرها بانقضا العده
ومن ضرورة قبول خبرها بانقضا العده انقضا العده **ثم** ان كانت
عدتها انقضت قبل قول الزوج راجعتك فقوله راجعتك يقع
قبل انقضا عدتها فلا يصح وان كانت انقضت حال قوله راجعتك
فيقع قوله راجعتك حال انقضا العده كما لا تصح الرجعه بعد انقضا
العده لا تصح حال انقضايها لان العده حال انقضايها منقضيه
فكان ذلك رجعة المنقضية العده فلا يصح **فان قيل** يحتمل انها
انقضت حال اخبارها عن الانقضا واخبارها عن الانقضا يتاخر
عن قوله راجعتك فكان انقضا العده متاخرا عنه ضرورة فتصح الرجعه
فالجواب اذا احتمل ما قلنا واحتمل ما قلتم وقع الشك في صحة الرجعه
والاصل ان ما لم يكن ثابتا اذا وقع الشك في ثبوته لا يثبت مع الشك
والاحتمال خصوصا فيما يحتاط فيه ولا سيما اذا كانت جهة الفساد

اكثر لانها تصح من وجه وتفسد من وجهين فاولى ان لا تصح والله الموفق ثم عند ابي
حنيفة رحمه الله يستحلف واذا نكلت يقضى بالرجعة وهذا يشكل على اصله
لان الاستحلاف للنكول والنكول بذل عنده والرجعة لا تحتمل البذل لكنه
الاستحلاف قد يكون للنكول ليقضى به وقد يكون لا للنكول بل لنفي
التهمة بالحلف الا ترى انه يستحلف عنده فيما لا يقضى بالنكول اصلا كما
في دعوى القصاص في النفس نفيا للتهمة والمراة وان كانت امينة
لكن الامين قد يستحلف لنفي التهمة بالحلف فان نكلت فقد تحققت
التهمة فلم يبق قولها حجة فبقيت الرجعة على حالها حكما لاستصحاب
الحال لعدم دليل الزوال لانه جعل نكولها بذلا لامتناعها انه يمكن تحقيق
معنى البذل ههنا لما ذكرنا ايضا بالنكول صارت متهمة فخرج قولها
من ان يكون حجة للتهمة فتبقى العدة واثرها في المنع من الازواج
والكون في منزل الزوج فقط ثم يقضى بالرجعة حكما لاستصحاب الحال
لانها باخبارها بانقضاء العدة حلت للازواج فاذا نكلت فقد بذلت
الامتناع من الازواج والكون في منزل الزوج وهذا معنى يحتمل
البذل **ومنها** عدم شرط الخيار حتى لو شرط الخيار في الرجعة لم تصح
لانها استيفاء النكاح فلا يحتمل شرط الخيار في الرجعة لم تصح لانها استيفاء
النكاح فلا يحتمل شرط الخيار كما لا يحتمل شرط الانشاء **ومنها** ان
يكون احد نوعي ركن الرجعة وهو القول منجزا حتى لو قالت للزوج
راجعتك لم يصح لقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن اي احق برجعتهن
منهن ولو كانت لها ولاية الرجعة لم يكن الزوج احق بالرجعة منها
وظاهر النص يقتضي ان لا يكون لها ولاية الرجعة اصلا الا ان جواز
الرجعة بالفعل منها عرفناه بالدليل بدليل اخر وهو ما بينا ه
واما رضا المراة فليس بشرط لجواز الرجعة وكذا المهر لقوله تعالى
وبعولتهن احق بردهن مطلقا عن شرط الرضا والمهر ولانه لو شرط
الرضا والمهر لم يكن الزوج احق برجعتها منها لانه لا يملك بدون ه
رضاها والمهر فيؤدي الى الخلف في خبر الله تعالى فهذا لا يجوز
ولان الرجعة شرعت لامكان التدارك عند الندم فلو شرط رضاها
لا يمكنه التدارك لانها عسى لا ترضى وعسى لا يجد الزوج والمهر وكذا
كون الزوج طائعا وعامدا وجادا ليس بشرط لجواز الرجعة فتصح الرجعة
مع الاكراه والهزل واللعب والخطا لان الرجعة استيفاء النكاح ه
وانه دون الانشاء ولم يشترط هذه الاشياء للانشاء فلان لا يشترط
للاستيفاء اولى وقد روي في بعض الروايات ثلاث جدهن جد وهزلهن
جد النكاح والطلاق والرجعة **فصل** واما حكم الطلاق البائن

فالطلاق البائن نوعان احدهما الطلقات الثلاث **والثاني** الواحدة البائنة
والثنتان البائنتان ويختلف كل واحد من النوعين **وجملة الكلام فيه**
ان الزوجين اما ان كانا حرين واما ان كانا مملوكين واما ان كان احدهما
حرا والاخر مملوكا فان كانا حرين فالحكم الاصلي لما دون الثلاث من
الواحدة البائنة والثنتين البائنتين هو نقصان عدد الطلاق
وزوال الملك ايضا حتى لا يحل له وطؤها الا بنكاح جديد ولا يصح
ظهاره وايلاؤه ولا يجري اللعان بينهما ولا يجري التوارث **ولا يحرم**
حرمة غليظة حتى يجوز نكاحها من غير ان تتزوج بزوج اخر لان ما دون
الثلاث وان كان بائنا فانما يوجب زوال الملك لا زوال الحلية
واما الطلقات الثلاث فحكمها الاصلي هو زوال الملك وزوال حل
المحلية ايضا حتى لا يجوز له نكاحها قبل التزوج بزوج اخر لقوله
تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره وسواء
طلقها ثلاثا جملة واحدة او متفرقة لان اهل التاويل اختلفوا
في موضع التطليقة الثالثة من كتاب الله تعالى **قال** بعضهم
هو قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره
بعد قوله الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان ه
وقالوا الامساك بالمعروف هو الرجعة والتسريح بالاحسان
هو ان يتركها حتى تنقضي عدتها وقال بعضهم هو قوله او تسريح ه
باحسان فالتسريح هو الطلقة الثالثة وعلى ذلك جاء الخبر وكل
ذلك جائز محتمل غير انه ان كان التسريح هو تركها حتى تنقضي عدتها
كان تقدير قوله فان طلقها فلا تحل له اي طلقها تطليقة ثالثة ه
وان كان المراد من التسريح التطليقة الثالثة كان تقدير قوله ه
فان طلقها اي طلقها ثلاثا فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره
وانما تنتهي الحرمة وتحل للزوج الاول بشرائط **منها** النكاح وهو
ان تنكح زوجا غيره نفى الحل وحد النفي الى غاية التزوج بزوج اخر
والحكم الممدود الى غاية لا ينتهي قبل وجود الغاية فلا
تنتهي الحرمة قبل التزوج فلا تحل للزوج الاول قبله ضرورة
وعلى هذا يخرج ما اذا وطئها انسان بالزنا او بشبهة انها ه
لا تحل لزوجها لعدم النكاح وكذا اذا وطئها المولى بملك اليمين بان
حرمت امته المنكوحة على زوجها حرمة غليظة وانقضت عدتها
فوطئها المولى لا تحل لزوجها لان الله تعالى نفى الحل الى غاية
فلا ينتهي النفي قبل وجود النكاح ولم يوجد وكذا روي عن علي
رضي الله عنه انه قال في المسالة ليس بزوج يعني المولى ه

وروي ان عثمان رضي الله عنه سئل عن ذلك وعنده علي وزيد بن ثابت
فرخص في ذلك عثمان وزيد وقالا هو زوج فقام علي مغضبا كارها له
لما قالا وقد روي انه قال ليس بزوج وكذا ان اشتراها الزوج قبل
ان تنكح زوجا غيره لم تحل له بملك اليمين وكذا اذا اعتقت لما قلنا ومنها
ان يكون الثاني صحيحا حتى لو تزوجت رجلا نكاحا فاسدا ودخل بها لا تحل
للاول لان النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة ولو كان النكاح الثاني
مختلفا في فساده ودخل بها لا تحل للاول عند من يقول بفساده
لما قلنا فان تزوجت بزوج اخر ومن نيتهما التحليل فان لم يشترطا ذلك
بالقول وانما نويا ودخل بها على هذه النية حلت للاول في قولهم
جميعا لان مجرد النية في المعاملات غير معتبر فوقع النكاح صحيحا
لاستجماع شرائط الصحة فتحل للاول كما لو نويا التوقيت وسائر
المعاني المفسدة وان شرطا الاحلال بالقول وانه يتزوجها لذلك
وكان الشرط منها فهو نكاح صحيح عند ابي حنيفة وزفر رحمهما الله وتحل
للاول ويكره للثاني والاول وقال ابو يوسف رحمه الله ان النكاح
الثاني فاسد وان وطيها لم تحل للاول وقال محمد رحمه الله النكاح
الثاني صحيح ولا تحل للاول وجه قول ابي يوسف رحمه الله ان النكاح
بشرط الاحلال في معنى النكاح الموقت وشرط التوقيت في النكاح
يفسده والنكاح الفاسد لا يقع به التحليل وجه قول محمد رحمه الله
ان النكاح عقد موبد فكان شرط الاحلال استعجال ما اخره الله تعالى
لغرض الحل فيبطل الشرط ويبقى النكاح صحيحا لكن لا يحصل به الغرض
كمن قتل مورثه انه يحرم الميراث لما قلنا كذا هذا وجه قول ابي حنيفة
رحمه الله ان عمومات النكاح تقتضي الجواز من غير فصل بينما اذا شرط
فيه الاحلال او لا فكان النكاح بهذا الشرط نكاحا صحيحا فيدخل
تحت قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره فتنتهي الحرمة عند وجوده الا
انه يكره النكاح بهذا الشرط لغيره وهو انه شرط ينافي المقصود
من النكاح وهو السكن والتوالد والتعفف لان ذلك يقف على البقاء
والدوام وهذا والله اعلم معنى الحاق اللعن بالمحلل في قوله
صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له واما الحاق اللعن
بالزوج الاول وهو المحلل له فيحتمل ان يكون لوجهين احدهما
انه سبب لمباشرة الزوج الثاني هذا النكاح لقصد الفراق والطلاق
دون الابقاء وتحقيق ما وضع له والمسبب شريك المباشر في الاثم
والثواب في التسبيب للمعصية والطاعة والثاني انه باشر ما يفضي
الى الذي ينفر عنه الطباع السليمة وتكرهه من عودها اليه من

مضاجعة

مضاجعة غيره اياها واستمتاعه بها وهو الطلقات الثلاث اذ
لولاها لما وقع فيه فكان الحاق اللعن به لاجل الطلقات الثلاث
والله اعلم واما قول ابي يوسف رحمه الله ان التوقيت في النكاح مفسد
للنكاح فنقول وبالله التوفيق المفسد له هو التوقيت نصا
الا ترى ان كل نكاح موقت فانه يتوقت بالطلاق وبالموت وغير ذلك
ولم يوجد التوقيت نصا فلا يفسده وقول محمد رحمه الله انه استعجال لما
اجله الله تعالى لا يتصور لان الله تعالى اذا ضرب لامر اجلا لا يتقدم
ولا يتاخر فاذ اطلقها الزوج الثاني تبين ان الله تعالى اجل هذا النكاح
اليه ولهذا قلنا ان المقتول ميت باجله خلافا للمعتزلة ومنها
الدخول من الزوج الثاني فلا تحل لزوجها الاول بالنكاح الثاني حتى يدخل
بها وهذا قول عامة العلما وقال سعيد بن المسيب تحل بنفس العقد
واحتج بقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره
والنكاح هو العقد وان كان يستعمل في العقد والوطي جميعا عند الاطلاق
لكنه ينصرف الى العقد عند وجود القرينة وقد وجدت لانه اضاف
النكاح الى المراة بقوله حتى تنكح زوجا غيره والعقد يوجد منها
كما يوجد من الرجل واما الجماع فانه يقوم بالرجل وحده والمراة
محله فانصرف الى العقد بهذه القرينة فاذا وجد العقد تنتهي الحرمة
بظاهر النص ولنا قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد
حتى تنكح زوجا غيره والمراد من النكاح الجماع لان النكاح في اللغة
هو الضم وحقيقة الضم في الجماع وانما العقد سبب داعي اليه فكان
حقيقة للجماع مجازا للعقد مع انا لو حملناه على العقد لكان تكرارا
لان معنى العقد يفيده ذكر الزوج فكان الحمل على الجماع اولى وبقي
قوله انه اضاف النكاح اليها والجماع مما يصح اضافته الى الزوجين
لوجود معنى الاجتماع منهما حقيقة فاما الوطي ففعل الرجل حقيقة
لكن اضافة النكاح اليها من حيث هو ضم وجمع لا من حيث هو وطي
ثم ان كان المراد من النكاح في الاية هو العقد فالجماع يضمر فيه
عرفنا ذلك بالحديث المشهور وضرب من المعقول واما الحديث
فما روينا عن عائشة رضي الله عنها ان رفاعة القرظي طلق امراته
ثلاثا فتزوجها عبد الرحمن بن الزبير فاتت رسول الله صلى الله عليه
وسلم وقالت ان رفاعة طلقني وبت طلاقي فتزوجني عبد الرحمن
بن الزبير ولم يكن معه الا مثل هدبة الثوب فقال لها رسول الله صلى
الله عليه وسلم اتريدين ان ترجعي الى رفاعة لا حتى تذوقي من
عسيلته ويذوق من عسيلتك وعن ابن عمر وانس رضي الله عنهم

عن النبي صلى الله عليه وسلم هذا الحديث ولم يذكر قصة امراة رفاعة وهو
ما روي عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل وهو على المنبر عن رجل
طلق امراته ثلاثا فتزوجها غيره فاغلق الباب وارخى الستر وكشف الخمار
ثم فارقها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحل للاول حتى تذوق
عسيلة الاخر **واما المعقول** فهو ان الحرمة الغليظة انما تثبت عقوبة
للزوج الاول بما اقدم على الطلاق الثلاث الذي هو مكروه شرعا زجرا
ومنعا له عن ذلك لكي اذا تفكر في حرمتها عليه الا بزوج اخر الذي
تنفر منه الطباع السليمة وتكرهه انزجر عن ذلك ومعلوم ان العقد بنفسه
لا تنفر عنه الطباع ولا تكرهه اذ لا يشتد على المرء مجرد النكاح ما لم
يتصل به الجماع فكان الدخول شرطا فيه ليكون زجرا له ومنعا له عن
ارتكابه فكان الجماع مضمرا في الاية كانه قال حتى تنكح زوجا غيره
ويجامعها واما الانزال فليس بشرط للاحلال لان الله تعالى جعل الجماع
غاية الحرمة والجماع في الفرج هو التقاء الختانين فاذا وجد فقد انتهت
الحرمة وسواء كان الزوج الثاني بالغا او صبيا يجامع مثله معها او مجنونا
لقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره من غير فصل بين زوج وزوج ولان
ولان وطي الصبي والمجنون يتعلق به احكام النكاح من المهر والتحريم
كوطي البالغ العاقل وكذلك الصغيرة التي يجامع مثلها اذا طلقها
زوجها ثلثا ودخل بها الزوج الثاني حلت للاول لاطلاق قوله
تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ولان وطيها
يتعلق به احكام الوطي من المهر والتحريم فصار كوطي البالغة وسواء
كان الزوج الثاني حرا او عبدا او قنا او مدبرا او مكاتبا بعد ان
تزوج باذن مولاه ودخل بها لقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره
مطلقا من غير فصل ولان احكام النكاح يتعلق بوطي هولا كما يتعلق
بوطي الحر وكذا اذا كان مسلولا ينتشر له ويجامع لوجود الجماع
في النكاح الصحيح وانما الغايب الانزال وذا ليس بشرط كالفحل
اذا جامع ولم ينزل **واما المجبوب** فانه لا يحلها للاول لانه لا يتحقق
منه الجماع وانما وجد منه السحق والملاصقة والتحليل يتعلق بالجماع
وانه اسم لالتقاء الختانين ولم يوجد فلا تحل للاول وان حبلت
امراة المجبوب وولدت هل تحل للاول **قال** ابو يوسف رحمه الله
حلت للاول وكانت محصنة **وقال** زفر رحمه الله لا تحل للاول ولا تكون
محصنة وهو قول الحسن **وجه قول زفر** رحمه الله ظاهر لان
ثبوت النسب ليس بوطي حقيقة بل بقيام مقام الوطي حكما والتحليل متعلق
بالوطي حقيقة لا حكما كالخلوة فانها لا تفيد الحل وان اقيم مقام الوطي حكما كذا

هذا ولان النسب يثبت من صاحب الفراش مع كون المراة زانية حقيقة
لكونه مولودا على الفراش والتحليل لا يقع بالزنا **وجه قول ابي يوسف**
رحمه الله ان النسب ثابت منه وثبوت النسب حكم الوطي في الاصل فصار
كالدخول وسواء وطيها الزوج الثاني في حيض او نفاس او صوم او احرام
لوجود الدخول في النكاح الصحيح ولو كانت كتابية تحت مسلم طلقها
فنكحت كتابيا نكاحا يقران عليه لو اسلما ودخل بها فانها تحل لزوجها
الاول لوجود الدخول في النكاح الصحيح في حقهم لانهم يقرون عليه
بعد الاسلام فصار كنكاح المسلمين وسواء كانت المراة مطلقة
من زوج واحد او من زوجين او اكثر من ذلك فالزوج الواحد
اذا دخل بها تحل للزوجين او اكثر من ذلك بان طلق الرجل
امراته ثلاثا فتزوجت بزوج فطلقها الثاني قبل ان يدخل
بها ثلاثا ثم تزوجت زوجا ثالثا ودخل بها حلت
للاولين لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح
زوجا غيره جعل الزوج الثاني منهيا للحرمة من غير فصل
بينما اذا حرمت على زوج واحد او اكثر ثم وطي الزوج الثاني
هل يهدم ما كان في ملك الزوج الاول من الطلاق ولا خلاف
في انه يهدم الثلاث وهل يهدم ما دون الثلاث قال ابو حنيفة
وابو يوسف رحمهما الله انه يهدم وقال محمد رحمه الله لا يهدم وبه
اخذ الشافعي رحمه الله وقد ذكرنا الحجج والشبه فيما تقدم واذا
طلق امراته ثلاثا فغابت عنه مدة ثم اتته فقالت قد تزوجت
زوجا غيرك ودخل بي وطلقني وانقضت عدتي قال محمد رحمه الله
لا باس ان يتزوجها ويصدقها اذا كانت ثقة عنده او وقع في
قلبه انها صادقة لان هذا من باب الديانة وخبر العدل في
باب الديانة مقبول رجلا كان او امراة كما في الاخبار عن طهارة
الماء ونجاسته وكما في رواية الاخبار عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم ولو تزوجها ولم يخبره بشيء فلما وقع قالت لم اتزوج
زوجا غيرك او قالت تزوجت ولم يدخل بي او قالت قد جا
معني فيما دون الفرج وكذبها الاول وقال قد دخل بك
الثاني لم يذكر هذا في ظاهر الرواية وذكر الحسن بن زياد
ان القول قول المراة في ذلك كله لان هذا المعنى لا يعلم الا
من جهتها فكان القول قولها كما في الخبر عن الحيض والحبل وفيه
اشكال وهو انما يجعل القول قولها اذا لم يسبق منها ما يكذبها
وقد سبق منها ما يكذبها في قولها وهو اقدامها على النكاح من الزوج

الاول لان ذلك لا يجوز الا بعد التزوج بزوج اخر والدخول بها فكان فعلها مناقضا لقولها فلا تقبل وان كان الزوج هو الذي قال لم تتزوجي او قال لم يدخل بك الثاني وقالت المراة قد دخل بي قال الحسن بن زياد القول قول المراة وهذا صحيح لما ذكرنا ان هذا انما يعلم من جهتها ولم يوجد منها دليل التناقض وكان القول قولها ويفسد النكاح بقول الزوج ولها نصف المسمى ان كان لم يدخل بها والكل ان كان قد دخل بها لان الزوج معترف بالحرمة وقوله فيما يرجع الى الحرمة مقبول لانه يملك انشا الحرمة فكان اعترافه بفساد النكاح بمنزلة انشا الفرقة فيقبل قوله فيه ولا يقبل في اسقاط حقها من المهر والله اعلم وان كان الزوجان مملوكين فحكم الواحدة الثانية لا يختلف واما حكم الثنتين فحكمهما في المملوكين ما هو حكم الثلاث في الحرين بلا اختلاف لقوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان وقوله يطلق العبد ثنتين وان كان احدهما حرا والاخر مملوكا فيعتبر فيه جانب النسا عندنا وعند الشافعي رحمه الله جانب الرجال بنا على ان اعتبار الطلاق بهن لا بهم عندنا وعنده بهم لا بهن والمسيلة قد تقدمت والله الموفق **فصل** هذا الذي ذكرنا بيان حكم الاصلي للطلاق **واما** الذي هو من التوابع فنوعان **نوع** يعم الطلاق المبهم والمعين فوجوب العده **ونوع** يخص المبهم **اما** الذي يعم المعين والمبهم فوجوب العده على بعض المطلقات دون بعض وهي المطلقة المدخول بها **والكلام** في العدة يقع في مواضع **باب** تفسير العده في عرف الشرع وبيان وقت وجوبها **وفي** بيان انواع وسبب وجوب كل نوع وما له وجبت وشرط وجوبه **وفي** بيان مقادير العدد **وفي** بيان انتقال العده وتغيرها **وفي** بيان ما يعرف به انقضا العده وما يتصل بها **اما** تفسير العده وبيان وقت وجوبها **فالعده** في عرف الشرع اسم لاجل ضرب لانقضا ما بقي من اثار النكاح وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله هو اسم لفعل التربص وعلى هذا يبني العدتان اذا وجبتا انهما يتداخلان سوا كانتا من جنس واحد او من جنسين **وصوره** الجنس الواحد **المطلقه** اذا تزوجت في عدتها فوطيها الزوج ثم تتاركا حتى وجبت عليها عدة اخرى فان العدتين يتداخلان عندنا **وصورة** الجنسين المختلفين المتوفى عنها زوجها اذا وطيت بشبهة تداخلت ايضا وتعتد بما رات من الحيض في الاشهر من عدة الوطي عندنا وقال الشافعي

رحمه الله تمضي في العدة الاولى فاذا انقضت استانفت الاخرى **احتج** بقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا وقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن في ذلك اي في التربص ومعلوم ان الزوج انما يملك الرجعة في العده فدل ان العده تربص **سمى الله** تعالى العده تربصا وهو اسم للفعل وهو الكف وان الفعلان وان كانا من جنس واحد لا يتاديان باحدهما كالكف في باب الصوم وغير ذلك **ولنا** قوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله سمى العده اجلا والاجل اسم لزمان مقدر مضروب لانقضا امر كاجال الديون وغيرها سميت العده اجلا لكونه وقتا مضروبا لانقضاء ما بقي من اثار النكاح والاجال اذا اجتمعت تنقضي بمدة واحدة كالاجال في باب الديون **والدليل** على انها اسم للاجل لا للفعل انها تنقضي من غير فعل التربص فان لم تجتنب عن محظورات العده حتى انقضت المده ولو كانت فعلا لما تصور انقضاوها مع ضدها وهو الترك **واما** الاية فالتربص هو التثبت والانتظار **قال الله تعالى** فتربصوا به حتى حين وقال ويتربص بكم الدوائر وقال فتربصوا انا معكم متربصون والانتظار يكون في الاجال والمعتده تنتظر انقضا المده المضروبه **وبه تبين** ان التربص ليس هو فعل الكف على انا سلمنا انه كف لكنه ليس بركن في الباب بل هو تابع بدليل انه تنقضي العده بدونه على ما بينا وكذا تنقضي بدون العلم به **وعلى** هذا يبنى وقت وجوب العده انها تجب من وقت وجود سبب الوجوب من الطلاق والوفاة وغير ذلك حتى لو بلغ امراته طلاق زوجها او موته فعليها العده من يوم طلق او مات عند عامة العلما وعامة الصحابه رضي الله عنهم **وحكي** عن علي رضي الله عنه انه قال من يوم ياتيها الخبر **وجه قوله** على هذا الاصل ان الفعل لما كان ركنا عنده فايجاب الفعل على من لا علم له به ولا سبب الوصول الى العلم به ممتنع فلا يمكن ايجابه الا من وقت وجود الخبر لانه وقت حصول العلم **ولما** كان الركن هو الاجل عندنا وهو مضي الزمان لا يقف وجوبه على العلم به كمضي ساير الازمنه **ثم** قد بينا انه لا يقف على فعلها اصلا وهو الكف فانها لو علمت فلم تكف ولم تجتنب ما تجتنبه المعتده حتى انقضت المده انقضت عدتها واذا لم يقف

على فعلها فلان لا يقف على علمها اولى وما روى محمد رحمه الله محمول على انها
لم تعلم وقت الموت فامرها بالاخذ باليقين وبه نقول **وقد روى**
عنه في العدة انها من يوم الطلاق مثل قول العامة فاما ان يحمل على الرجوع
او على ما قلنا **واما بيان انواع العدد** فالعدد في الشرع انواع ثلاثة
عدة الاقراء وعدة الاشهر وعدة الحبل **اما** عدة الاقرا فلوجوبها
اسباب **منها** الفرقة في النكاح الصحيح سوا كانت بطلاق او بغير
طلاق وانما تجب هذه العدة لاستبرا الرحم وتعرف برائتها عن الشغل
بالولد لانها لو لم تجب ويحتمل انها حملت من الزوج الاول فتتزوج
بزوج اخر وهي حامل من الاول فيطاها الثاني فيصير ساقيا
ماءه زرع غيره وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن ذلك بقوله من كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلا يسقين ماءه زرع
غيره وكذا اذا جاءت بولد يشتبه النسب فلا يحصل المقصود
ويضيع الولد ايضا لعدم المربي والنكاح سببه فكان تسببا
الى هلاك الولد وهذا لا يجوز فوجبت العدة ليعلم بها فراغ
الرحم وشغلها فلا يودي الى هذه العواقب الوخيمة وشرط وجوبها
الدخول او ما يجري مجرى الدخول وهو الخلوة الصحيحة لقوله تعالى
يا ايها الذين امنوا اذا نكحتم المومنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن
فما لكم عليهن من عدة تعتدونها ولان وجوبها بطريق استبرا الرحم
على ما بينا والحاجة الى الاستبرا بعد الدخول لا قبله الا ان
الخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح اقيمت مقام الدخول في وجوب
العدة التي فيها حق الله تعالى اولى لان حق الله تعالى يحتاط فيه
في ايجابه ولان التسليم الواجب بالنكاح قد حصل بالخلوة
الصحيحة فتجب به العدة كما تجب بالدخول بخلاف الخلوة في
النكاح الفاسد لان الخلوة الصحيحة انما اقيمت مقام الدخول
في وجوب العدة مع انها ليست بدخول حقيقة لكونها سببا
مفضيا اليه فاقيمت مقامه احتياطا اقامة للسبب مقام
المسبب فيما يحتاط فيه والنكاح والخلوة في النكاح الفاسد
لا يفضي الى الدخول وهو لوجود المانع وهو فساد النكاح وحرمة
الوطي فلم توجد الخلوة حقيقة اذ هي لا تتحقق الا بعد انتفا
الموانع او وجدت بصفة الفساد فلا يقوم مقام الدخول وكذا
التسليم الواجب بالعقد لم يوجد لان النكاح الفاسد لا يوجب
التسليم فلا تجب العدة **واما** الخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح
فقد ذكرنا تفسيرها الكلام فيه في كتاب النكاح وسوا كانت المطلقة

حرة او امة قنة او مدبرة او مكاتبة او مستسعاة لا يختلف اصل الحكم
باختلاف الرق والحرية لان ما وجب له لا يختلف باختلافهما وانما
يختلف القدر لما نبين **والكلام** في القدر ياتي في موضعه ان شا الله تعالى
وسوا كانت مسلمة او كتابية تحت المسلم الحرة كالحرة والامة كالامة
لان العدة تجب لحق الله تعالى ولحق الزوج **قال الله تعالى** فما لكم
عليهن من عدة تعتدونها والكتابية مخاطبة بحقوق العباد
فيجب عليها العدة وتجبر عليها لاجل حق الزوج والولد لانها
من اهل ايفا حقوق العباد وان كانت تحت ذمي فلا عدة عليها
في الفرقة ولا في الموت في قول ابي حنيفة رحمه الله اذا كان ذلك
كذلك في دينهم حتى لو تزوجت في الحال جاز وعند ابي يوسف ومحمد
رحمهما الله عليها العدة **وذكر** الكرخي في جامعه في الذمية تحت
ذمي اذا مات عنها او طلقها فتزوجت في الحال جاز الا ان تكون حاملا
فلا يجوز نكاحها حتى تضع **وجه قولهما** ان الذمية من اهل دار الاسلام
الا ترى ان اهل الذمة يجري عليهم سائر احكام الاسلام كذا هذا
الحكم **وجه قول ابي حنيفة** رحمه الله انه لو وجبت عليها العدة اما
ان تجب لحق الله تعالى او لحق الزوج ولا سبيل الى ايجابها لحق الزوج
لان الزوج لا يعتقده حقا لنفسه ولا وجه الى ايجابها لحق الله تعالى
لان العدة فيها معنى القربة وهي غير مخاطبة بالقربات الا انها
اذا كانت حاملا تمنع من التزوج لان وطي الزوج الثاني يوجب
اشتباه النسب وحفظ حق الولد فلا يملك ابطال حقه فكان على الحاكم
استيفا حقه بالمنع من التزوج ولا عدة على المهاجرة في قول ابي حنيفة
رحمه الله وعندهما عليها العدة **و**المسئلة مرت في كتاب النكاح
فان جا الزوج مسلما وتركها في دار الحرب فلا عدة عليها في
قولهم جميعا لان على اصل ابي حنيفة رحمه الله الكافرة يلزمها
العدة لحق المسلم واختلاف الدارين يمنع ثبوت الحق لاحدهما
على الاخر وعلى اصلهما وجوب العدة على الكافرة لجريان حكمنا
على اهل الذمة ولا يجري حكمنا على الحربية ولا عدة على الزانية
حاملا كانت او غير حامل لان الزنا لا يتعلق به ثبوت النسب
ومنها الفرقة في النكاح الفاسد بتفريق القاضي او بالمتاركة
وشرطها الدخول لان النكاح يجعل منعقدا عند الحاجة وهي عند
استيفا المنافع وقد مست الحاجة الى الانعقاد لوجوب العدة
وصيانة للما عن الضياع بثبوت النسب وتجب هذه العدة على
الحرة والامة والمسلمة والكتابية لان الموجب لا يوجب الفصل

ويستوي فيها الفرقة والموت لان وجوب هذه العدة على وجه الاستبرا
وقد مست الحاجة الى الاستبرا لوجود الوطي **واما عدة الوفاة**
فانما تجب لمعنى اخر وهو اظهار الحزن على ما فاتها من نعمة النكاح على
ما نذكر والنكاح الفاسد ليس بنكاح على الحقيقة فلم يكن نعمة ثم
يعتبر الوجوب في الفرقة من وقت الفرقة وفي الموت من وقت الموت
عند اصحابنا الثلاثة وعند زفر رحمه الله من اخر وطي وطيها
والمسيلة مرت في كتاب النكاح **ومنها** الوطي عن شبهة النكاح
بان زفت اليه غير امراته فوطيها لان الشبهة تقام مقام الحقيقة
في موضع الاحتياط وايجاب العدة من باب الاحتياط **ومنها**
عتق ام الولد **ومنها** موت مولاها بان اعتقها سيدها او مات
عنها وسبب وجوب هذه العدة هو زوال الفراش وهذا عندنا
وعند الشافعي رحمه الله لا عدة عليها وانما عليها الاستبرا بحيضة
واحدة وسبب وجوبها عنده هو زوال ملك اليمين **ونذكر**
المسيلة في بيان مقادير العدد ان شا الله تعالى **واما** عدة
الاشهر **فنوعان نوع** يجب بدلا عن الحيض **ونوع** يجب اصلا بنفسه
واما الذي يجب بدلا عن الحيض فهو عدة الصغيرة والايسة
والمراة التي لم تحض راسا في الطلاق وسبب وجوبها هو الطلاق
وهو سبب وجوب عدة الاقرا وانها تجب قضا لحق النكاح الذي
استوفي فيه المقصود **وشرط** وجوبها شيان **احدهما** احد الاشيا
الثلاثة الصغر والكبر او فقد الحيض اصلا مع عدم الصغر والكبر
والاصل فيه قوله تعالى واللاي يئسن من المحيض من نسايكم ان
ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللاي لم يحضن **والثاني** الدخول
او ما هو في معناه وهو الخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح لعموم
قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا نكحتم المومنات ثم طلقتموهن
من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها من غير
تخصيص الا ان الخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح الحقت بالدخول
في وجوب العدة لما ذكرنا انها الحقت به في حق تاكد كل المهر ففي
وجوب العدة اولى احتياطا **وتجب** هذه العدة على الحرة والامة
اصل الوجوب لما وجبت له لا يختلف وهو ما بينا وانما يختلفان
في مقدار الواجب على ما نذكر وكذا يستوي فيها المسلمة والكتابية
لعموم النص وكذا المعنى الذي له وجبت لا يوجب الفصل **واما** الذي
يجب اصلا بنفسه فهو عدة الوفاة وسبب وجوبها الوفاة
قال الله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن

اربعة اشهر وعشرا وانها تجب لاظهار الحزن بفوت نعمة النكاح اذ
النكاح كان نعمة عظيمة في حقها فان الزوج كان سبب صيانتها وعفافها
وقيامها بالنفقة والكسوة والنفقة والمسكن فوجبت عليها العدة
اظهارا للحزن بفوت النعمة وتعريفا لقدرها وشرط وجوبها
النكاح الصحيح فقط فتجب هذه العدة على المتوفى عنها زوجها
سوا كانت مدخولا بها او غير مدخول بها وسوا كانت ممن تحيض او
ممن لا تحيض لعموم قوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون
ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا ولما ذكرنا انها تجب
اظهارا للحزن بفوت نعمة النكاح وقد وجد وانما شرطنا صحة النكاح
لان الله تعالى اوجبها على الازواج ولا يصير زوجا حقيقة الا
بالنكاح الصحيح وسوا كانت مسلمة او كتابية تحت مسلم لعموم النص
ولوجود المعنى الذي وجبت له وسوا كانت حرة او امة او مدبرة
او مكاتبة او مستسعاة لا تختلف اصل الحكم لان ما وجبت له
لا يختلف وانما يختلف القدر لما نذكر **واما عدة الحبل** فهي مدة
الحمل وسبب وجوبها الفرقة او الوفاة والاصل فيه قوله تعالى
واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن اي انقضا اجلهن ان يضعن
حملهن واذا كان انقضا اجلهن بوضع حملهن كان اجلهن مدة حملهن
وهذه العدة انما تجب لئلا يصير الزوج بها ساقيا ماوه زرع
غيره وشرط وجوبها ان يكون الحمل من النكاح صحيحا كان او فاسدا
لان الوطي في النكاح الفاسد يوجب العدة ولا تجب على الحامل
بالزنا لان الزنا لا يوجب العدة الا انه اذا تزوج امراة وهي
حامل من الزنا جاز النكاح عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
ولا يجوز له ان يطاها ما لم تضع لئلا يصير ساقيا ماوه زرع غيره
واما بيان مقادير العدد وما تنقضي به **اما** عدة الاقرا
فان كانت المراة حرة فعدتها ثلاثة قرو لقوله تعالى والمطلقات
يتربصن بانفسهن ثلاثة قرو وسوا وجبت بالفرقة في النكاح
الصحيح او بالفرقة في النكاح الفاسد او بالوطي عن شبهة النكاح
لما ذكرنا ان النكاح الفاسد بعد الدخول يجعل منعقدا في حق وجوب
العدة وملحق به فيه وشبهة النكاح ملحقة بالحقيقة فيما يحتاط
فيه والنص الوارد في المطلقة يكون واردا فيهما دلالة وكذلك
ام الولد اذا اعتقت باعتاق المولى او بموته فانها تعتد بثلاثة
قرو عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعتد بحيضة واحدة
وجه قوله ان هذه العدة لم تجب بزوال ملك النكاح لعدم النكاح

وانما تجب بزوال ملك اليمين فكان وجوبها بطريق الاستبرا فيكتفي بحيضة واحدة كما في استبرا سائر المملوكات **ولنا** ما روي عن عمر وغيره من الصحابة رضي الله عنهم انهم قالوا عدة ام الولد ثلاث حيض وهذا نص وبه تبين ان الواجب عدة وليس باستبرا الا انهم سموه عدة والعدة لا تقدر بحيضة واحدة **والدليل** على انه عدة انه تجب على الحرة والحرة لا يلزمها عدة الاستبرا واذا كانت عدة لا يجوز تقديرها بحيضة واحدة كسائر العدد ولان هذه العدة تجب بزوال الفراش لان ام الولد لها فراش الا ان فراشها قبل العتق غير مستحكم بل هو ضعيف لاحتماله النقل الى غيره فاذا عتقت فقد استحكم فالتحق بالفراش الثابت بالنكاح والعدة التي تجب بزوال النكاح الفراش الثابت بالنكاح وهو النكاح الصحيح انما مقدر بثلاثة قروء وهذا استوي في الواجب عليها الموت والعتق كما في النكاح الفاسد وعدة المستحاضة وغيرها سوا وهي ثلاثة اقراء لعموم النص وان كانت امة فقرءان عند عامة العلما رضي الله عنهم وقال ثلاثة قروء كعدة الحرة **احتجوا** بعموم قوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء من غير تخصيص الحرة **ولنا** الحديث المشهور **وهو ما روي** عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان وقال عمر رضي الله عنه عدتها حيضتان ولو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا وبه تبين ان الاما مخصوصات من عموم الكتاب وتخصيص الكتاب بالخبر المشهور جائز بالاجماع ولان العدة حق من حقوق النكاح مقدر فيؤثر الرق في تنصيفه كالقسم كان ينبغي ان يتنصف فتعتد بحيضة ونصفا كما اشار اليه عمر رضي الله عنه الا انه لا يمكن لان الحيضة الواحدة لا تتجزي فتكاملت فكانت ضرورة وسوا كانت حرة كان زوجها حرا او عبدا بالاختلاف لان العدة تعتبر بالنسا بالاجماع ويستوي في مقدار هذه العدة المسلمة والكتابية الحرة والامة كالامة لان الدلايل لا توجب الفصل **ثم اختلف** اهل العلم فيما تنقضي به هذه العدة انها الحيض ام الاطهار قال اصحابنا الحيض وقال الشافعي رحمه الله الاطهار **وفايدة الاختلاف** ان من طلق امراته في حالة الطهر لا يحتسب بذلك الطهر من العدة عندنا حتى لا تنقضي عدتها ما لم تحض ثلاث حيض بعده وعنده تحتسب بذلك الطهر من العدة فتنقضي عدتها بانقضا ذلك الطهر الذي طلقها فيه وبطهر اخر بعده

والمسيله مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم **روي** عن ابي بكر وعمر وعثمان وعلي وبن مسعود وبن عباس وابي موسى الاشعري وابي الدردا وعبادة بن الصامت وعبد الله بن قيس رضي الله عنهم انهم قالوا الزوج احق برجعتها ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة كما هو مذهبنا **وعن** زيد بن ثابت وبن عمر وعايشة رضي الله عنهم مثل قوله **وحاصله** الاختلاف راجع الى ان القرء المذكور في قوله تعالى ثلاثة قروء ما هو الحيض ام الطهر فعندنا الحيض وعنده الطهر ولا خلاف بين اهل اللغة في ان القرء من الاسما المشتركة يذكر ويراد به الحيض ويذكر ويراد به الطهر على طريق الاشتراك فيكون حقيقة لكل واحد منهما كما في ساير الاسما المشتركة من اسم العين ونحو ذلك اما استعماله في الحيض فلقوله صلى الله عليه وسلم المستحاضة تدع الصلاة ايام اقرايها اي ايام حيضها اذ ايام الحيض هي التي تدع الصلاة فيها لا ايام الطهر واما في الطهر فلما روينا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعبد الله بن عمر ان من السنة ان تستقبل العدة استقبالا فتطلقها لكل قرء تطليقة اي طهر واذا كان الاسم حقيقة لكل واحد منهما على سبيل الاشتراك فيقع الكلام في الترجيح **احتج الشافعي** رحمه الله بقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وقد فسر النبي صلى الله عليه وسلم العدة بالطهر في ذلك الحديث بقوله حيث قال فتلك العدة التي امر الله تعالى ان تطلق لها النسا فدل ان العدة بالطهر لا بالحيض ولانه ادخل الها في الثلاثة بقوله ثلاثة قروء وانما تدخل الها في جمع المذكر لا في جمع المونث يقال ثلاثة رجال وثلاث نسوة والحيض مونث والطهر مذكر فدل ان المراد منها الاطهار ولانكم لو حملتم القرء المذكور على الحيض للزمكم المناقضة لانكم قلتم في المطلقة اذا كانت ايامها دون العشرة فانقطع دمها انه لا تنقضي عدتها ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة فقد جعلتم العدة بالطهر وهذا تناقض **ولنا** الكتاب والسنة والمعقول **اما الكتاب** فقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء امر الله تعالى بالاعتداد ثلاثة ولو حمل القرء على الطهر لكان الاعتداد بطهرين وبعض الثالث لان الطهر الذي صادفه الطلاق محسوب من الاقرا عنده والثلاث اسم لعدد مخصوص والاسم الموضوع لعدد لا يقع فيكون ترك العمل بالكتاب ولو حملناه على الحيض يكون

الاعتداد بثلاث حيض كوامل لان ما بقي من الطهر غير محسوب من العدة عندنا
فيكون عملا بالكتاب فكان الحمل على ما قلنا اولى ولا يلزم قوله تعالى الحج اشهر
معلومات انه ذكر الاشهر والمراد منه شهران وبعض الثالث فكذا القروء
جاز ان يراد بها القرءان وبعض الثالث لان الاشهر اسم جمع لا اسم عدد
واسم الجمع جاز ان يذكر ويراد به بعض ما يتناوله مجازا الا ترى انه
لا يجوز ان يقال رايت ثلاثة رجال ويراد به رجلان وجاز ان يقال
رايت رجالا ويراد به رجلان مع ان هذا كان هذا في حد الجواز فلا شك
انه كان بطريق المجاز ولا يجوز العدول عن الحقيقة من غير دليل اذ
الحقيقة هي الاصل في حق الاحكام للعمل بها وان كان في حق الاعتقاد
يجب التوقف لمعارضة المجاز الحقيقة في الاستعمال وفي باب الحج قام
دليل المجاز وقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم
فعدتهن ثلاثة اشهر جعل الاشهر بدلا عن الاقراء عند الياس عن
الحيض والمبدل هو الذي يشترط عدمه لجواز اقامة البدل
مقامه فدل ان المبدل هو الحيض فكان هو المراد من القرء المذكور
في الاية كما في قوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا لما شرط
عدم الماء عند ذكر البدل وهو التيمم دل ان التيمم بدل عن الماء فكان المراد
منه الغسل المذكور في اية الوضوء وهو الغسل بالماء كذا ههنا
واما السنة فما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان ومعلوم انه لا تفاوت بين الحرة
والامة في العدة فيما يقع به الانقضاء اذ الرق اثره في تنقيص العدة
التي تكون في حق الحرة لا في تغيير اصل العدة فدل ان اصل ما تنقضي
به العدة هو الحيض **واما المعقول** فهو ان هذه العدة وجبت
للتعرف عن براءة الرحم والعلم ببراءة الرحم تحصل بالحيض لا بالطهر
فكان الاعتداد بالحيض لا بالطهر **واما الاية** فالمراد من العدة
المذكورة فيها عدة الطلاق والنبي صلى الله عليه وسلم جعل الطهر
عدة الطلاق الا ترى انه قال فتلك العدة التي امر الله تعالى
ان يطلق لها النساء والكلام في العدة عن الطلاق انها ما هي وليس
في الاية بيانها **واما** قوله ادخل الهاء في الثلاثة فنعم لكن هذا لا يدل
على ان المراد هو الطهر من القرء لان اللغة لا تمنع من تسمية شيء واحد
باسم التذكير والتانيث كالبر والحنطة فيقال هذا البر وهذه
الحنطة وان كانت الحنطة والبر شيئا واحدا فكذا القرء والحيضة اسمان
للدم المعتاد واحد الاسمين يذكر وهو القرء فيقال ثلاثة قروء
والاخر مؤنث وهو الحيضة فيقال ثلاث حيض ودعوى التناقض ممنوعة

فان

فان في تلك الصورة الحيض باق وان كان الدم منقطعا لان انقطاع الدم
لا ينافي الحيض بالاجماع لان الدم لا يدر في جميع الاوقات بل في وقت
دون وقت واحتمال الدرور في وقت الحيض قائم فاذا لم يحكم بالطهر
عدم لا يلزمنا التناقض **واما** الممتد طهرها وهي امراة كانت
تحيض ثم ارتفع حيضها من غير حمل ولا ياس فانقضاء عدتها في الطلاق
وسائر وجوه الفرق بالحيض لانها من ذوات الاقراء الا انه ارتفع حيضها
لعارض فلا تنقضي عدتها حتى تحيض ثلاث حيض او حتى تدخل في حد
الاياس فتستانف عدة الايسة ثلاثة اشهر وهو مذهب علي وعثمان
وزيد بن ثابت **وروي** عن عمر وابن عباس رضي الله عنهما انها تمكث تسعة
اشهر فان لم تحض اعتدت ثلاثة اشهر بعد ذلك وهو قول مالك رحمه الله
واحتج بقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن
ثلاثة اشهر نقل العدة عن الارتياب الى الاشهر والتي ارتفع حيضها فهي
مرتابة فيجب ان يكون عدتها بالشهور **والجواب** انه ليس من الارتياب
المذكور هو الارتياب في الياس بل المراد منه ارتياب المخاطبين في عدة
الايسة قبل نزول الاية كذا روي عن ابن مسعود ان الله تعالى لما
بين لهم عدة ذات القرء وعدة الحامل شكوا في الايسة فلم يدروا
ما عدتها فانزل الله تعالى هذه الاية وفي الاية ما يدل عليه
فانه قال واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ولا ياس مع الارتياب
اذ الارتياب يكون وقت رجاء الحيض والرجاء ضد الياس وكذا قال
ان ارتبتم ولو كان المراد الارتياب في الاياس لكان المراد من حق
الكلام ان يقول ان ارتبن فدل انه اراد به ما ذكرنا **واما** عدة
الاشهر فالكلام فيها في موضعين ايضا **في** بيان مقدارها وما
تنقضي به **وفي** بيان كيفية ما يعتبر به الانقضاء **اما الاول** فما وجب
بدلا عن الحيض وهو عدة الايسة والصغيرة والبالغة التي لم تر الحيض
اصلا فثلاثة اشهر ان كانت حرة لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض
من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن سواء
وجبت بالفرقة بطلاق او بغير طلاق في النكاح الصحيح لعموم
النص او وجبت بالفرقة في النكاح الفاسد او بالوطء عن شبهة
لما ذكرنا في عدة الاقراء وكذا اذا وجبت على ام الولد بالعتق
او بموت المولى عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وان كانت امة فشهر
ونصف لان حكم البدل حكم الاصل وقد تنصف المبدل فينتصف البدل
ولان الرق منصف والتكامل في عدة الاقراء ثبت لضرورة عدم
التجزي والشهر متجزئ فبقي الحكم فيه على الاصل ولهذا تنصف عدتها

في الوفاة وسوا كانت زوجها حرا او عبدا لما ذكرنا ان المعتبر في العده جانب النسا وسوا كانت قنة او مدبره او ام ولد او مكاتبه او مستسعاة عند ابي حنيفه رحمه الله لما ذكرنا في عدة الاقرا وكذا اذا وجبت على ام الولد بالعتق او بموت المولي عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وما وجب اصلا بنفسه وهو عدة المتوفي عنها زوجها فاربعة اشهر وعشرا ان كانت حرة لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا او قيل انما قدرت هذه العده بهذه المده لان الولد يكون في بطن امه اربعين يوما نطفه واربعين يوما علقه واربعين يوما مضغه ثم ينفخ فيه الروح في العشر فامرت هذه المراه بتربص هذه المده ليستبين به الحمل ان كان بها حمل وان كانت امة فشهران وخمسة ايام لما بينا بالاجماع سوا كانت قنة او مدبره او ام ولد او مكاتبه او مستسعاة عند ابي حنيفه رحمه الله والمسلمه والكتابيه سوا في مقدارها بين العدتين الحره كالحره والامه كالامه لان ما ذكرنا من الدلايل لا يفصل بينهما وانقضا هذه العده بانقضاء هذه المده في الحره والامه **واما** الثاني في بيان كيفية ما يعتبر به انقضا هذه المده **فجملته** الكلام فيه ان سبب وجوب هذه العده من الوفاة والطلاق ونحو ذلك اذا اتفق في غرة الشهر اعتبرت الشهور بالاهله وان نقصت عن العدد في قول اصحابنا جميعا لان الله تعالى امر بالعدة بالاشهر بقوله فعدتهن ثلاثة اشهر وقوله اربعة اشهر وعشرا فلزم اعتبار الاشهر والاشهر قد يكون ثلثين يوما وقد يكون تسعة وعشرون يوما **بدليل** ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الشهر هكذا وهكذا وهكذا واشار باصابع يديه كلها ثم قال الشهر هكذا وهكذا وحبس ابهامه في المرة الثالثه وان كانت الفرقة في بعض الشهر اختلفوا فيه قال ابو حنيفه رحمه الله يعتبر بالايام فيعتد من الطلاق والوفاة تسعين يوما ومن الوفاه مايه وثلثين يوما وكذلك قال في صوم الشهرين المتتابعين اذا ابتدا الصوم في نصف الشهر وقال محمد رحمه الله يعتبر بقية الشهر بالايام وباقي الشهور بالاهله ويكمل الشهر الاول من الشهر الاخير بالايام وعن ابي يوسف رحمه الله روايتان في رواية مثل قول ابي حنيفه رحمه الله وفي رواية مثل قول محمد وهو قوله الاخير **وجه قولهما** ان الاعتداد بالاشهر والاشهر اسم الاهله فكان الاصل في الاعتداد هو الاهله وقال الله تعالى يسئلونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس والحج جعل الهلال لمعرفة الاوقات وانما يعدل الى الايام عند تعذر

اعتبار الاهله وقد تعذر اعتبار الهلال في الشهر الاول فعدلنا عنه الى الايام ولا تعذر في بقية الاشهر فلزم اعتبارها بالاهله ولهذا اعتبرنا كذلك في باب الاجاره اذا وقعت في بعض الشهر كذا هاهنا **وجه قول ابي حنيفه** رحمه الله ان العدة يراعى فيها الاحتياط فلو اعتبرناها في الايام لزادت على الشهور ولو اعتبرناها بالاهله لنقصت عن الايام وكان ايجاب الزياده اولى احتياطا بخلاف الاجاره لانها تمليك المنفعه والمنافع توجد شيا فشيا على حسب حدوث الزمان فيصير كل جزء منها كالمعقود عليه عقدا مبتدا فيصير عند استهلاك الشهر كانه ابتدا العقد فيكون بالاهله بخلاف العده فان كل جزء منها ليس بعدة مبتداه **واما الايلا** في بعض الشهر فقد ذكرنا الاختلاف بين ابي يوسف وزفر رحمهما الله في كيفية اعتبار الشهر فيه على ان قول ابي يوسف يعتبر بالايام فيكمل مايه وعشرين يوما ولا ينظر الى نقصان الشهور ولا الى تمامه وعند زفر رحمه الله يعتبر بالاهله **وجه قوله** ان مدة الايلا كمدة العده لان كل واحد منهما يتعلق بها البينونه **وجه قول ابي يوسف** رحمه الله ان اعتبار الايام في مدة الايلا يوجب تاخير الفرقة واعتبار الاشهر يوجب التعجيل فيقع الشك في وقوع الطلاق فلا يقع بالشك كمن علق طلاق امراته بمدة في المستقبل وشك في المده بخلاف العده لان الطلاق هناك واقع بيقين وحكمه يتاجل فاذا وقع الشك في التاجيل لا يتاجل بالشك **واما عدة الحبل** فمقدارها بقية مدة الحمل قلت او كثرت حتى لو ولدت بعد وجوب العده بيوم او اقل او اكثر انقضت به العده لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن من غير فصل وذكر في الاصل انها لو ولدت والميت على سريره انقضت به العدة على ما جات به السنة هكذا ذكر **والسنة** المذكوره عن عمر انه قال في المتوفاة عنها زوجها اذا ولدت وزوجها على سريره جاز لها ان تتزوج وشرط انقضا هذه العده ان يكون ما وضعت قد استبان خلقه او بعض خلقه فان لم يستبن راسا بان اسقطت علقة او مضغة لم تنقض العده لانه اذا استبان خلقه او بعض خلقه فهو ولد فقد وجد وضع الحمل فتنقضي به العده واذا لم تستبن لم يعلم كونه ولدا بل يحتمل ان يكون ويحتمل ان لا يكون فيقع الشك في وضع الحمل فلا تنقضي العده بالشك وقال الشافعي رحمه الله في احد قوليه يرى للنسا وهذا ليس بشي لانهن لم يشاهدن

الخلاف الولد في الرحم لبقنس هذا عليه فيعرفن وقال في قول اخر يجعل في الما
الحار ثم ينظر ان انحل فليس بولد وان لم ينحل فهو ولد وهذا ايضاً
فاسد لانه يحتمل ان قطعة من كبدها او لحمها انفصلت منها وانها لا تنحل
بالما الحار كما لا ينحل الولد فلا يعلم به انه ولد ولو ظهر اثر الولد لم يذكر
هذا في ظاهر الرواية وذكر في النوادر في المطلقة طلاقا رجعيا انه اذا ظهر
منها اكثر ولدها انها تبين فعلى هذا يجب ان تنقضي العده ايضا
بظهور اكثر الولد ويجوز ان يفرق بينهما فيقام الاكثر مقام الكل
في انقطاع الرجعة احتياطا ولا يقام في انقضا العدة حتى لا تحل
للازواج احتياطا ايضا **ثم** انقضا عدة الحمل بوضع الحمل اذا كانت
معتدة عن طلاق وغيره من اسباب الفرقة بلا خلاف لعموم قوله تعالى
واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وكذلك اذا كانت متوفي عنها
زوجها عند عامة العلما وعامة الصحابة رضي الله عنهم **روي** عن عمر
وبن مسعود وزيد بن ثابت وبن عمر وابي هريرة رضي الله عنهم انهم قالوا
عدتها بوضع ما في بطنها وان كان زوجها على السرير وقال علي رضي الله
عنه وهو احدي الروايتين عن بن عباس الحامل اذا توفي عنها زوجها
فعدتها ابعد الاجلين وضع الحمل او مضي اربعة اشهر وعشر ايهما كان
اخرا تنقضي العدة به **وجه هذا القول** ان الاعتداد بوضع الحمل انما
ذكر في الطلاق لا في الوفاة بقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن
حملهن لانه معطوف على قوله واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم
فعدتهن ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن وذلك بنا على قوله يا ايها
النبي اذا طلقتم النسا فكان المراد من قوله واللائي يئسن واللائي
لم يحضن المطلقات ولان الاعتداد بابعد الاجلين جمعا بين
الايتين بالقدر الممكن لان فيه عملا باية عدة الحبل ان كان اجل
تلك العده ابعد وعملا باية عدة الوفاة ان كان اجلها ابعد
فكان عملا بهما جميعا بقدر الامكان وفيم فلم نعمل باحدهما ونترك
العمل بالاخري اصلا فكان ما قلنا اولي ولعامة الصحابة رضي
الله عنهم قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن
من غير فصل بين المطلقة والمتوفاة عنها زوجها وقوله هذا بنا
على قوله واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ممنوع بل هو ابتدا
خطاب وفي الاية ما يدل عليه فانه قال ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة
اشهر ومعلوم انه لا يقع الارتياب فيمن يحتمل العلوق وذلك لان
الاشهر في الايسات انما اقيمت مقام الاقرا في ذوات الحيض
واذا كانت الحامل ممن تحيض لم يجز ان يقع لهم شك في عدتها بالاقرا لو

عن

عن عدتها واذا كان كذلك ثبت انه خطاب مبتدا واذا كان خطابا
مبتدا تناول العدد كلها وقوله الاعتداد بابعد الاجلين عمل
بالايتين بقدر الامكان فيقال انما يعمل بهما اذا لم يثبت نسخ احدهما
بالتقدم والتاخر او لم يكن احدهما اولي بالعمل بها وقد قيل
ان اية وضع الحمل اخرهما نزولا **لما روي** عن بن مسعود رضي الله عنه
انه قال من شا باهلته ان قوله واولات الاحمال اجلهن ان يضعن
حملهن نزل بعد قوله اربعة اشهر وعشرا فاما نسخ الاشهر بوضع الحمل
اذا كان بين نزول الايتين زمان يصلح للنسخ فينسخ الخاص المتقدم
العام المتاخر كما هو مذهب مشايخنا بالعراق ولا يبني العام
على الخاص او نعمل بالنص العام بعمومه ويتوقف في حق الاعتقاد
في التخصيص على الناسخ والتخصيص كما هو مذهب مشايخنا بسمرقند
ولا يبني العام على الخاص على ما عرف في اصول الفقه **وروي** عن
عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قلت يا رسول الله حين نزلت
قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن انها في المطلقة
ام في المتوفاة عنها زوجها فقال صلى الله عليه وسلم فيهما جميعا
وقد روت ام سلمة عن سبيعة بنت الحارث الاسلمية وضعت
بعد وفاة زوجها ببضع وعشرين ليلة فامرها رسول الله صلى
الله عليه وسلم فيهما جميعا وقد روت ام سلمة عن سبيعة بنت
الحارث بان تتزوج **وروي** انها لما مات عنها زوجها وضعت حملها
وسالت ابا السنابل بن بعكك هل يجوز لها ان تتزوج فقال لها
حتى يبلغ الكتاب اجله فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه
وسلم فقال كذب ابو السنابل ابتغي الازواج وهذا حديث صحيح
وقد روي من طرق صحيحة لا مساغ لاحد في العدول عنه
ولان المقصود من العده من ذوات الاقرا العلم ببراة الرحم
ووضع الحمل في الدلالة على البراة فوق مضي المدة فكان
انقضا العدة اولي من الانقضا بالمدة وسوا كانت المراة
حرة او مملوكة قنة او مدبرة او مكاتبة او ام ولد او مستسعاة
مسلمة او كتابية لعموم النص وقال ابو يوسف رحمه الله كذلك
الا في امراة الصغير في عدة الوفاة بان مات الصغير عن امراته
وهي حامل فان عدتها اربعة اشهر وعشرا عند ابي يوسف
رحمه الله وعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله عدتها ان تضع
حملها **وجه قوله** ان هذا الحمل ليس منه بيقين بدليل انه لا يثبت
نسبه منه فكان من الزنا فلا تنقضي به العدة كالحمل من الزنا

وكالحمل الحادث بعد موته **وجه قولهما** عموم قوله تعالى واولات الاحمال
اجلهن ان يضعن حملهن وقوله الحمل من الزنا لا تنقضي به العدة وهذا حمل
من الزنا فيكون مخصوصا من العموم **فنقول** الحمل من الزنا قد تنقضي
به العدة على قياس قولهما الا ترى انه اذا تزوج امراة حاملا من
الزنا جاز نكاحها عندهما ولو تزوجها ثم طلقها فوضعت حملها
تنقضي عدتها عندهما بوضع الحمل وان كان الحمل من الزنا ولان
وجوب العدة للعلم بفراغ الرحم والولادة دليل فراغ الرحم
بيقين والشهر لا يدل على الفراغ بيقين فكان الحاب ما دل على
الفراغ بيقين فكان الحاب ما دل على الفراغ بيقين اولى ولان
اثر الحبس في هذا الباب وانما الاثر لما بينا في الجملة فان
مات وهي حامل بعد موته قبل انقضاء العدة فعدتها بالشهور اربعة
اشهر وعشرا ولان الحمل اذا لم يكن موجودا وقت الموت وجبت
عدة الحبل فكان انقضاؤها بوضع الحمل ولا يثبت نسب الولد
في الوجهين جميعا لان الولد لا يحصل عادة الا من الماء والصبي لا ماء
له حقيقة ويستحيل وجوده عادة فيستحيل تقديره وقال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في زوجة الكبير اذا جاءت بولد بعد موته
لاكثر من سنتين وقد تزوجت بعد مضي اربعة اشهر وعشرا ان
النكاح جائز لان اقدامها على النكاح في هذه الحالة اقرار منها
بانقضاء العدة لتخرج المسلمة عن النكاح في العدة ولم يرد على اقرارها
ما يبطله الا ترى انها لو جاءت بعد التزوج بولد لستة اشهر
فصاعدا كان النكاح جائزا لما بينا فههنا اولى واذا وجبت
كانت المعتدة حاملا فولدت ولدين انقضت عدتها بالاخيرة
منهما عند عامة العلماء وقال ابو الحسن البصري رحمه الله اذا
وضعت احد الولدين انقضت عدتها **واحتج** بقوله تعالى واولات
الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن ولم يقل احمالهن فاذا وضعت
احدهما فقد وضعت الا ان ما قاله لا يستقيم لوجهين احدهما
انه قرا في بعض القراءات ان يضعن احمالهن **والثاني** انه علق انقضاء
العدة بوضع الحمل لا بالولادة حيث قال يضعن حملهن ولم يقل
يلدن والحمل اسم لجميع ما في بطنها ووضع احد الولدين وضع بعض
حملها لا وضع حملها فلا تنقضي به العدة ولان وضع الحمل انما
تنقضي به العدة لبراءة الرحم بوضعه وما دام في بطنها ولد لا
تحصل البراءة فلا تنقضي العدة **واما** بيان ما يعرف به انقضاء
العدة **نوعان** قول وفعل **اما** القول فهو اخبار المعتدة بانقضاء

العدة في مدة يحتمل الانقضاء في مثلها فلا بد من بيان اقل المدة التي
تصدق فيها المعتدة بانقضاء عدتها **وجملة الكلام** فيه ان المعتدة ان
كانت من ذوات الاشهر فانها لا تصدق في اقل من ثلاثة اشهر في عدة
الطلاق ان كانت حرة ومن شهر ونصف ان كانت امة وفي عدة الوفاة
لا تصدق في اقل من اربعة اشهر وعشرا ان كانت حرة ومن شهرين
وخمسة ايام ان كانت امة ولا خلاف في هذه الجملة وان كانت من
ذوات الاقراء فان كانت معتدة عن وفاة كذلك لا تصدق في اقل
مما ذكرنا في الحرة والامة وان كانت معتدة عن طلاق فان اخبرت
بانقضاء عدتها في مدة تنقضي في مثلها العدة يقبل قولها وان
اخبرت في مدة لا تنقضي في مثلها العدة لا يقبل قولها الا اذا فسرت
ذلك بان قالت اسقطت سقطا مستبين الخلق او بعضه فيقبل
قولها وانما كانت كذلك لانها امينة في اخبارها عن انقضاء
عدتها فان الله تعالى ائتمنها في ذلك بقوله ولا يحل لهن ان يكتمن
ما خلق الله في ارحامهن قيل في التفسير انه الحيض والحبل
والقول قول الامين مع اليمين كالمودع اذا قال رددت الوديعة
او هلكت فاذا اخبرت بالانقضاء في مدة تنقضي في مثلها يقبل
قولها ولا يقبل اذا كانت المدة مما لا تنقضي في مثلها العدة
لان قول الامين انما يقبل فيما لا يكذبه الظاهر والظاهر ههنا
يكذبها فلا يقبل قولها الا اذا فسرت فقالت اسقطت سقطا
مستبين الخلق او بعض الخلق مع يمينها فيقبل قولها مع هذا التفسير
لان الظاهر لا يكذبها مع التفسير **ثم اختلف** في اقل ما تصدق
فيه المعتدة بالاقراء قال ابو حنيفة رحمه الله اقل ما تصدق فيه الحرة
ستون يوما وقال ابو يوسف رحمه الله ومحمد تسعة وثلاثون يوما
واختلفت الرواية في تخريج قول ابي حنيفة **فتخريجه** في رواية محمد
رحمه الله انه يبدا بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض خمسة ايام ثم
بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض خمسة ايام ثم بالطهر خمسة عشر
يوما ثم بالحيض خمسة ايام ثم بالطهر خمسة عشر ثم بالحيض عشرة
وذلك ستون يوما فاختلف التخريج مع اتفاق الحكم وتخريج قول
ابي يوسف ومحمد رحمه الله انه يبدا بالحيض ثلاثة ايام ثم بالطهر
خمسة عشر ثم بالحيض فذلك تسعة وثلاثون يوما **وجه قولهما**
ان المراة امينة في هذا الباب والامين يصدق ما امكن وامكن
تصديقها ههنا بان يحكم بالطلاق في اخر الطهر فتبدا بالعدة
من الحيض فنعتبر اقله وذلك ثلاثة ايام ثم اقل الطهر وهو خمسة

عشر يوما ثم اقل الحيض ثم اقل الطهر فيكون الجملة تسعة وثلاثون يوما
وجه قول ابي حنيفة رحمه الله على تخريج محمد ان المراة وان كانت امينة
في الاقراء انقضاء العدة لكن الامين انما يصدق فيما لا يخالفه الظاهر فاما
فيما خالفه الظاهر فلا يقبل قوله كالوصي اذا قال انفقت على اليتيم
في يوم واحد الف دينار ونحوها فلا لانه خلاف الظاهر لان الظاهر
ان من اراد الطلاق فانما يوقعه في اخر الطهر وكذا حيض ثلاثة ايام
نادر وحيض عشرة نادر ايضا فيوخذ بالوسط وهو خمسة واعتبار
هذا التخريج يوجب ان اقل ما تصدق فيه ستون يوما **واما**
الوجه على تخريج رواية الحسن فهو ان تخرج بحكم بالطلاق في اخر
الطهر لان الايقاع في اول الطهر وان كان سنة لكن الظاهر
هو الايقاع في اخر الطهر لانه يجرب نفسه في اول الطهر انه هل يمكنه
الصبر عنها ثم يطلق عنها فكان الظاهر هو الايقاع في اخر الطهر
الا انه يعتبر مدة الحيض عشرة ايام وان كانت اكثر المدة لانا
قد اعتبرنا في الطهر اقله فلو نقصنا من العشرة في الحيض للزم النقص
في العدة فيفوت حق الزوج من كل وجه فيحكم باكثر الحيض واقل
الطهر رعاية للحقين واعتبار هذا التخريج ايضا يوجب ما ذكرنا
وهو ان يكون اقل ما تصدق فيه ستون يوما **واما** الامة فعنده
ابي حنيفة رحمه الله اقل ما تصدق فيه على رواية محمد عنه اربعون يوما
وهو ان يقدر كانه طلقها في اول الطهر فيبدا بالطهر خمسة عشر يوما
ثم بالحيض خمسة ثم بالطهر خمسة عشر ثم بالحيض خمسة فذلك اربعون
يوما **واما** على رواية الحسن فاقل ما تصدق فيه خمسة وثلاثون يوما
لانه يجعل كان الطلاق وقع في اخر الطهر فيبدا بالحيض عشرة ثم
بالطهر خمسة عشر ثم بالحيض عشرة فذلك خمسة وثلاثون يوما فاختلف
الحكم روايتهما في الامة واتفق في الحرة **واما** على قول ابي يوسف ومحمد
رحمهما الله فاقل ما تصدق فيه احد وعشرون يوما لانهما يقدران
الطلاق في اخر الطهر ويبتديان بالحيض ثلاثة ثم بالطهر خمسة
عشر ثم بالحيض ثلاثة فذلك احد وعشرون يوما والله الموفق
واما المعتدة اذا كانت نفساء بان ولدت امراته وطلقها عقيب
الولادة ثم قالت انقضت عدتي فقال ابو حنيفة رحمه الله في قوله
رواية محمد عنه لا تصدق الحرة في اقل من خمسة وثمانين يوما
لانه لو ثبت اقل من ذلك لاحتاج الى ان يثبت بعده خمسة عشر
يوما طهرا ثم يحكم بالدم فيبطل الطهر لان من اصله ان الدمين
في الاربعين لا يفصل بينهما طهر وان كثر حتى لو رات اول النفاس

مطلب

ساعة دما وفي اخرها ساعة كان الكل نفاسا عنده فجعل النفاس خمسة
وعشرين يوما حتى يثبت بعده طهر خمسة عشر فيقع الدم بعد الاربعين
خمسة حيضا وخمسة عشر طهرا وخمسة حيضا وخمسة عشر طهرا وخمسة
حيضا فذلك خمسة وثمانون **واما** على رواية الحسن عنه فلا يصدق
في اقل من مائة يوم لانه يثبت بعد الاربعين عشرة حيضا وخمسة
عشر طهرا وعشرة حيضا وخمسة عشر طهرا وعشرة حيضا فذلك
مائة وقال ابو يوسف رحمه الله لا تصدق في اقل من خمسة وستين
يوما لانه يثبت احد عشر يوما نفاسا لان العادة ان اقل النفاس
يزيد على اكثر الحيض ثم يثبت خمسة عشر يوما طهرا وثلاثة حيضا
وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا
فذلك خمسة وستون يوما وقال محمد رحمه الله لا تصدق في اقل من
اربعة وخمسين وساعة لان اقل النفاس ما وجد من الدم فيحكم بنفاس
ساعة وبعده خمسة عشر يوما طهرا وثلاثة حيض وخمسة عشر
طهر وثلاثة حيض فذلك اربعة وخمسون ساعة **وان كانت امة**
فعلى رواية محمد عن ابي حنيفة رحمه الله لا يصدق في اقل من خمسة وستين
يوما لانه يثبت بعد الاربعين خمسة حيضا وخمسة عشر طهرا
وخمسة حيضا فذلك خمسة وستون وعلى رواية الحسن عنه لا تصدق
في اقل من خمسة وسبعين لانه يثبت بعد الاربعين عشرة حيضا وخمسة
عشر طهرا وعشرة حيضا فذلك خمسة وسبعون وقال ابو يوسف
رحمه الله لا تصدق في اقل من سبعة واربعين لانه يثبت احد عشر
يوما نفاسا وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا وخمسة عشر طهرا
وثلاثة حيضا فذلك سبعة واربعون يوما وقال محمد رحمه الله لا تصدق
في اقل من ست وثلثين يوما وساعة لانه يثبت ساعة نفاسا وخمسة
عشر طهرا وثلاثة حيضا وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا فذلك
ستة وثلاثون يوما وساعة **واما** العقل فنحو ان تتزوج بزوج
اخر بعد ما مضت مدة تنقضي في مثلها العدة حتى لو قالت لم تنقضي
عدتي لم تصدق لا في حق الزوج الاول ولا في حق الزوج الثاني
ونكاح الزوج الثاني جائز لان اقدامها على التزوج بعد مضي
مدة تحتمل الانقضاء في مثلها دليل الانقضاء والله الموفق

فصل واما بيان انتقال العدة وتغيرها اما انتقال العدة
فضربان احدهما انتقالها من الاشهر الى الاقراء **والثاني** انتقالها
من الاقراء الى الاشهر **اما الاول** فنحو الصغيرة اعتدت
ببعض الاشهر ثم رات الدم تنتقل عدتها من الاشهر الى الاقراء

لان الشهر في حق الصغيرة بدل عن الاقرا وقد ثبتت القدرة على المبدل
والقدرة على المبدل قبل حصول المقصود بالبدل يبطل حكم البدل كالقدرة
على الوضو في حق المتيمم ونحو ذلك فبطل حكم الاشهر فانتقلت عدتها الى
الحيض وكذا الايسة اذا اعتدت ببعض الاشهر ثم رات الدم تنتقل عدتها
الى الحيض كذا ذكر الشيخ ابو الحسن عبيد الله الكرخي وذكر الشيخ ابو
الحسين احمد القدوري ان ما ذكره ابو الحسن ظاهر الرواية الذي لم
يقدروا للاياس تقديرا بل هو على غالب ظنها انها ايسة لانها لما رات
الدم دل انها لم تكن ايسة وانها اخطات في الظن فلا تعتد بالاشهر
في حقها لما ذكرنا انها بدل فلا تعتبر مع وجود الاصل واما على الرواية
التي وقتوا للاياس وقتا اذا بلغت ذلك الوقت ثم رات الدم بعده
لم يكن ذلك الدم حيضا كالدم التي تراه الصغيرة التي لا تحيض مثلها
وكذا ذكره الجصاص ان ذلك في الذي ظنت انها ايسة فاما الايسة
فما ترى من الدم لا يكون حيضا الا ترى ان وجود الحيض منها كان معجزة
نبي من الانبيا صلوات الله عليهم فلا يجوز ان يوجد الا على وجه المعجزة
كذا علل الجصاص واما الثاني وهو انتقال العدة من الاقرا الى
الاشهر فنحو ان اعتدت ذات القرو بحيضة او حيضتين ثم ايست تنتقل
عدتها من الحيض الى الاشهر فتستقبل العدة بالاشهر لانها لما ايست فقد
صارت عدتها بالاشهر بقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم
ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائي الاشهر بدل عن الحيض فلو لم
تستقبل وتثبت على الاول لصار الشي الواحد اصلا وبدلا وهذا لا يجوز
فان قيل اليس ان من شرع في الصلاة بالوضو ثم سبقه الحدث فلم يجد ما
انه يتيمم ويبني على صلاته وهذا جمع بين البدل والمبدل في صلاة
واحدة فهلا جاز ذلك في العدة فالجواب ان الممتنع كون الشي الواحد
اصلا وبدلا وههنا كذلك لان العدة شي واحد ونفس الصلاة ليس من هذا
القبيل لان ذلك جمع بين البدل والمبدل في شي واحد وذلك غير ممتنع
فان الانسان قد يصلي بعض صلاته قايما بركوع وسجود وبعضها بالايما
ويكون جمعا بين البدل والمبدل في صلاة واحدة ومن هذا القبيل اذا
طلق امراته ثم مات فان كان الطلاق رجعيا انتقلت عدتها الى عدة الوفاة
سوا طلقها في حال المرض والصحة وانهدمت عدة الطلاق وعليها ان
تستانف عدة الوفاة في قولهم جميعا لانها زوجته بعد الطلاق اذ الطلاق
الرجعي لا يوجب زوال الزوجية وموت الزوج يوجب على زوجته
عدة الوفاة لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن
بانفسهن اربعة اشهر وعشرا كما لو مات قبل الطلاق وان كان باينا او

ثلاثا

او ثلاثا فان لم ترث بان طلقها في حال الصحة لا تنتقل عدتها لان الله تعالى
اوجب عدة الوفاة على الزوجات بقوله والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا
يتربصن وقد زالت الزوجية بالابانة والثلاث فتعذر ايجاب عدة الوفاة
فبقيت عدة الطلاق على حالها وان ورثت بان طلقها في حالة المرض
ثم مات قبل ان تنقضي العدة فورثت اعتدت باربعة اشهر وعشر فيها
ثلاث حيض حتى انها لو لم ترى في المدة الاربعة الاشهر والعشر الثلاث
حيض تستكمل بعد ذلك وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وكذلك كل
معتدة ورثت كذا ذكره الكرخي وعني بذلك امراة المرتد بان ارتد زوجها
بعدما دخل بها ووجبت عليها العدة ثم مات او قتل وورثته
وذكر القدوري رحمه الله في امراة المرتد روايتين عن ابي حنيفة رحمه الله
وقال ابو يوسف رحمه الله ليس عليها الا ثلاث حيض وجه قوله ما ذكرنا
ان الشرع انما اوجب عدة الوفاة على الزوجات وقد بطلت الزوجية
بالطلاق البائن الا انا ابقيناها في حق الارث خاصة لتهمة الفرار
فمن ادعى بقاها في حق وجوب عدة الوفاة فعليه الدليل وجه قولهما
ان النكاح لما بقي في حق الارث فلان يبقى في حق وجوب العدة اولى
لان العدة يحتاط في ايجابها وكان قيام النكاح من وجه كافيا لوجوب
العدة احتياطا فيجب عليها الاعتداد الاربعة اشهر وعشر فيها ثلاث
حيض ولو حملت المعتدة في عدتها ذكر الكرخي رحمه الله ان من حملت في العدة
حملت في عدتها فالعدة ان يضع حملها ولم يفصل بين المعتدة عن طلاق
او وفاة وقد فصل محمد بينهما فانه قال فيمن مات عن امراته وهو صغير او
كبير ثم حملت بعد موته فعدتها الشهور وقد نص على ان عدة الوفاة
المتوفى عنها زوجها لا تنتقل بوجود الحمل من الاشهر الى وضع الحمل قال
وان كانت في عدة الطلاق وعلم بذلك فعدتها ان تضع حملها وجه
ما ذكره الكرخي ان وضع الحمل اصل العدد لان العدة وضعت لاستبرا
الرحم ولا شي ادل على برااة الرحم من وضع الحمل فيجب ان يسقط معه ما سواه
كما يسقط الشهور مع الحيض والصحيح ما ذكره محمد ان عدة المتوفاة عنها
زوجها لا تتغير بوجود الحمل بعد الوفاة ولا تنتقل من الاشهر الى وضع الحمل
بخلاف عدة الطلاق وجه الفرق بين العدتين ان عدة الوفاة ما وجبت
لاستبرا الرحم بدليل انها تتادى بالاشهر مع وجود الحيض وكذا تجب قبل
الدخول وانما وجبت لاظهار التاسف على فوت نعمة النكاح وكان الاصل
في هذه العدة هو الاشهر الا اذا كانت حاملا وقت الوفاة فتتعلق بوضع
الحمل فاذا كانت حايلا بقيت على حكم الاصل فلا تتغير بوجود الحمل فلا تنتقل
بخلاف عدة الطلاق فان المقصود منها الاستبرا ووضع الحمل اصل في الاستبرا

فاذا قدرت عليه سقط ما سواه او يحمل ما ذكره الكرخي على الخصوص وهي التي
حبلت في عدة الطلاق وذكر العام على ارادة الخاص متعارف وقال
محمد رحمه الله في عدة الطلاق انها اذا حبلت فان لم يعلم انها حبلت بعد الطلاق
ثم جاءت بولد لاكثر من سنتين فقد حكمنا بانقضاء عدتها بعد الوضع بستة اشهر
حملا لامرها على الصلاح اذ الظاهر من حال المسلمة ان لا تتزوج في عدتها
فيحكم بانقضاء عدتها قبل التزوج والله الموفق للصواب **فصل**
واما تغير العدة فنحو الامة اذا طلقت ثم اعتقت فان كان الطلاق رجعيا
تتغير عدتها الى عدة الحراير لان الطلاق الرجعي لا يزيل الملك الزوجيه
فهذه حرة وجبت عليها الزوجيه العدة وهي زوجته فتعتد عدة
الحراير كما اذا اعتقها المولى ثم طلقها الزوج وان كانت بائنا لا تتغير
عندنا وعند الشافعي رحمه الله تتغير فيهما جميعا **وجه قوله** ان
الاصل في العدة هو الكمال وانما النقصان لعارض الرق فاذا اعتقت
فقد زال العارض وامكن تكميلها فتكمل **ولنا** ان الطلاق اوجب عليها
عدة الاما لانه صادفها وهي امة والاعتاق وجد وهي مبانة فلا يتغير
الواجب بعد البينونه كعدة الوفاة بخلاف الطلاق الرجعي لانه لا يوجب
زوال الملك فوجد الاعتاق وهي زوجته فوجبت عليها العدة وهي
حرة فتعتد عدة الحراير وهذا بخلاف الايلا فان كانت الزوجه
مملوكة وقت الايلا ثم اعتقت انه ينقلب عدتها عدة الحراير وان
كان الايلا طلاقا بائنا وقد سوى بينه وبين الرجعي في هذا
الحكم وانما كان كذلك لان البينونه في الايلا لا تثبت للحال
وانما تثبت بعد انقضا المده فكانت الزوجيه قايمة للحال فاشبه
الطلاق الرجعي بان طلقها الزوج رجعيا ثم اعتقها المولى وهناك
تنقلب عدتها عدة الحراير فكذا مدتها ههنا بخلاف الطلاق البائن
فانه يوجب زوال الملك للحال وقد وجبت عدة الاما بالطلاق
فلا تتغير بعد البينونه بالعتق للطلقة الرجعيه اذا راجعها
الزوج ثم طلقها قبل الدخول بها قال اصحابنا عليها عدة مستانفة
وقال الشافعي رحمه الله في احد قوليه انها تكمل العدة **وجه قوله**
انها تعتد عن الطلاق الاول لا عن الثاني لان الثاني طلاق قبل
الدخول فلا يوجب العدة **ولنا** ان الطلاق الثاني طلاق بعد
الدخول فيدخل تحت قوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن
ثلاثة قروء ولو زوج ام ولده ثم مات عنها وهي تحت زوج او في عدة
من زوج فلا عدة عليها بموت المولى لان العدة انما تجب عليها
بموت المولى لزوال الفراش فاذا كانت تحت زوج او في عدة من

زوج

زوج لم تكن فراشا له لقيام فراش الزوج فلا تجب عليها العدة فان
اعتقها المولى ثم طلقها الزوج فعليها عدة الحراير لان اعتاق
المولى صادفها وهي فراش الزوج فلا تجب عليها العدة وطلاق
الزوج صادفها وهي حرة فعليها عدة الحراير ولو طلقها الزوج
اولا ثم اعتقها المولى فان كان الطلاق رجعيا تتغير عدتها الى
عدة الحراير وان كان بائنا لا تتغير لما ذكرنا فيما تقدم فان انقضت
عدتها ثم مات المولى فعليها بموت المولى ثلاث حيض لانها لما انقضت
عدتها من الزوج فقد عاد فراش المولى ثم زال فراش المولى
ثم زال بالموت فيجب العدة لزوال الفراش كما اذا مات قبل ان يزوجها
فان مات المولى والزوج فالامر لا يخلو اما ان علم كم بين موتهما
ايهما مات اولا واما ان لم يعلم واما ان لم يعلم وكل ذلك لا يخلو
اما ان علم كم بين موتيهما واما ان لم يعلم فان علم ان الزوج مات
اولا وعلم ان بين موتيهما اكثر من شهرين وخمسة ايام مدة عدة
الامة فعليها شهران وخمسة ايام مدة عدة الامة في وفاة
الزوج فاذا مات المولى فعليها ثلاث حيض لانه مات بعد انقضا
عدتها من الوفاة فعليها العدة من المولى وذلك ثلاث حيض
وان كان بين موتيهما اقل من شهرين وخمسة ايام فكذلك عليها
شهران وخمسة ايام مدة عدة وفاة الزوج فاذا مات المولى
لا شي عليها بموته لانه مات وهي في عدة الزوج وان علم ان المولى
مات اولا فلا عدة عليها من المولى لانها تحت الزوج فلم يكن فراشا
للمولى فاذا مات المولى الزوج فعليها اربعة اشهر وعشر عدة
الوفاة من الزوج لانها عتقت بموت المولى وعدة الحرة في الوفاة
اربعة اشهر وعشرا وان لم يعلم ايهما مات اولا فان علم ان بين
موتيهما اكثر من شهرين وخمسة ايام فعليها اربعة اشهر وعشرا
فيها ثلاث حيض **وتفسيره** انها اذا لم تر ثلاث حيض في هذه
الاربعة الاشهر والعشر تستكمل بعد ذلك لانه ان مات الزوج اولا
فقد وجب عليها شهران وخمسة ايام لانها امة وعدة الامة
من زوجها المتوفى هذا القدر ثم مات المولى بعد انقضا عدتها
فوجب عليها ثلاث حيض عدة المولى وان مات المولى اولا
فقد عتقت بموته ولا عدة عليها منه لانها ليست فراشا له
وعدة ام الولد من مولاها تجب بزوال الفراش فلما مات
الزوج بعد موت المولى فقد مات الزوج وهي حرة فوجب
عليها عدة الحراير في الوفاة وهي اربعة اشهر وعشرا فاذا

في حال يجب عليها شهران وخمسة ايام وثلاث حيض وفي حال يجب اربعة
اشهر وعشر او الشهران يدخلان في الشهور فيجب عليها اربعة اشهر ٥
وعشر او الشهران يدخلان في الشهور فيجب عليها اربعة اشهر وعشر
فيها ثلاث حيض على التفسير الذي ذكرنا احتياطا وان علم ان بين ٥
موتيهما اقل من شهرين وخمسة ايام فعليها اربعة اشهر وعشر في قولهم
جميعا لانه لا حال ههنا لوجوب الحيض لانه ان مات المولى اولا يجب
لم يجب بموته شي لانها تحت زوج فاذا مات الزوج وجب عليها اربعة
اشهر وعشرا لانها عتقت بموت المولى وعدة الحرة في الوفاة اربعة ٥
اشهر وعشر وان مات الزوج اولا وجب عليها شهران وخمسة ايام
لانها امة فاذا مات المولى بعده لا يجب عليها شي بموته لانه مات ٥
وهي في عدة الزوج فلم تكن فراشا فاذا في حال تجب عليها اربعة اشهر
وعشر فقط وفي حال شهران وخمسة ايام فقط فاوجبنا الاعتداد ٥
باكثر المدتين احتياطا فاذا لم يعلم ايهما مات اولا ولم يعلم ايضا كم
بين موتيهما فقد اختلف فيه قال ابو حنيفة رحمه الله اربعة اشهر
وعشر لا حيض فيها وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله عليها اربعة
اشهر وعشرا فيها ثلاث حيض **وجه قولهما** انه يحتمل ان الزوج مات
اولا وانقضت العدة ثم مات المولى بعد انقضاء العدة فيجب عليها ثلاث
حيض ويحتمل ان يكون المولى مات اولا فعتقت بموته ثم مات الزوج
فيجب اربعة اشهر وعشر فيراعى فيه الاحتياط فيجمع بين الاربعة ٥
والعشر والحيض **وجه قول ابي حنيفة** رحمه الله قوله تعالى والذين
يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا
وهذا تقدير لعدة الوفاة باربعة اشهر وعشر فلا يجوز الزيادة عليه ٥
الا بدليل ولان الاصل في كل امرين حادثين لم يعلم تاريخ ما بينهما
ان يحكم بوقوعهما معا كالغرقى والحرقى والهدمى واذا حكم بموت الزوج
مع موت المولى فقد وجبت عليها العدة وهي حرة فكانت عدة الحراير
فلم يكن لايجاب الحراير الحيض حال فلا يمكن ايجابها والله اعلم ٥
وعلى هذا الاصل قال ابو يوسف رحمه الله اذا تزوجت ام الولد بغير
اذن مولاها ودخل بها الزوج ثم مات الزوج والمولى ولم يعلم ايهما
مات اولا ولا كم بينهما بين موتيهما فعليها حيضتان في قياس قول
ابي حنيفة رحمه الله وفي قول ابي يوسف رحمه الله يجب عليها ثلاث حيض
في اربعة اشهر بنا على اصله في اعتبار الاحتياط لانه يحتمل ان المولى
مات اولا فيفسد النكاح لموته لانها عتقت فجاز نكاحها بعتقها ثم مات
الزوج وهي حرة فوجب عليها اربعة اشهر وعشر ويحتمل انه مات الزوج اولا

مطلب

و

وانقضت العدة ثم مات المولى بعد انقضاء العدة فعليها عدة المولى ٥
ثلاث حيض فوجب عليها اربعة اشهر وعشر فيها ثلاث حيض احتياطا
وان علم ان بين موتيهما ما لا تحيض فيه حيضتين فعليها اربعة اشهر وعشر
فيها حيضتان لان عدة المولى قد سقطت سواء مات اولا واخرا اذا
كان بين موتيهما ما لا تحيض فيه حيضتين ووقع التردد في عدة الزوج
لانه ان مات المولى اولا فعتقت نفذ نكاحها بعتقها فوجب عليها
عدة الحراير بالوفاة وان مات الزوج اولا وجب عليها حيضتان
فيجمع بينهما احتياطا ولو حاضت حيضتين بين موتيهما فعليها
اربعة اشهر وعشر فيها ثلاث حيض لانه ان مات المولى اولا فعتقت
فنفذ نكاحها فلما مات الزوج وجب عليها عدة الشهور وان مات
الزوج اولا ثم مات المولى بعد انقضاء العدة فيجب عليها ثلاث حيض
فيجمع بين الشهور والحيض احتياطا واذا اشترى الرجل زوجته
وله منها ولد فاعتقها فعليها ثلاث حيض حيضتان من النكاح ٥
تجتنب فيهما ما تجتنب المنكوحة وحيضة من العتق لا تجتنب فيها
لانه لما اشتراها فقد فسد نكاحها ووجبت عليها العدة ٥
فصادفت معتدة في حق غيره وان لم تكن معتدة في حقه بدليل انه
لا يجوز له ان يزوجها واذا اعتقها صادفت معتدة في حقه وفي
حق غيره لان المانع من كونها معتدة في حقه هو اباحة وطيها ٥
وقد زال ذلك بزوال ملك اليمين فزال المانع فظهر حكم العدة
في حقه ايضا فيجب عليها حيضتان من فساد النكاح وثلاث معتبر ان
من الاعتاق وعدة النكاح يجب فيها الاحداد **واما** الحيضة الثالثة
فانما تجب من العتق خاصة وعدة العتق لا احداد فيها فان كان طلقها
قبل ان يشتريها تطليقة واحدة باينة ثم اشتراها حل له وطيها ٥
وكان لها ان تتزين لان ملك اليمين سبب لحل الوطي في الاصل ٥
الا المانع واما وه لا يصلح مانعا لوطيه فصار كما لو جدد النكاح فاذا حل
له وطيها سقط عنها الاحداد فان حاضت ثلاث حيض قبل العتق ثم
اعتقها فلا عدة عليها من النكاح وتعتد في العتق ثلاث حيض لانها
وان لم تكن معتدة في حقه بعد الشري فهي معتدة في حق غيره بدليل
انه لا يجوز له ان يزوجها فاذا مضت الحيض بعد وجوب العدة بوجه
من الوجوه يعتد بها فاذا اعتقها وجب عليها بالعتق عدة اخرى وهي
عدة ام الولد ثلاث حيض واذا اشترى المكاتب زوجته ثم مات وترك
وفاء فادي المكاتبة فسد النكاح قبل الموت بلا فصل ووجب عليها
العدة من فساد النكاح حيضتان اذا كانت لم تلد منه وقد دخل بها

اما فساد النكاح قبل موته بلا فصل فلان المكاتب اذا مات وترك وفاء
فادي يحكم بعتقه في اخر جزء من اجزاء حياته فاذا اعتق ملكها الان فيفسد
نكاحها واما وجوب العده عليها حيضتين فلانها بانت وهي امة فان كانت
ولدت فعليها تمام ثلاث حيض لانها ام ولد فيجب عليها حيضتان بالنكاح والعتق
وحيضة بالعتق خاصة فان لم يترك وفا ولم تلد منه فعليها شهران وخمسة
ايام دخل بها او لم يدخل بها اذا لم يكن ولدت منه لانه لما مات عاجزا لم يفسد
نكاحها لانه مات عبدا فلم يملكها فمات عن منكوحته وهي زوجة امة
فيجب عليها شهران وخمسة ايام عده الامة في الوفاة ويستوي فيه الدخول
وعدم الدخول لان العدة عدة الوفاة فان كانت ولدت منه سعت وسعى
ولدها على نجومه فان عجزا فعدتها شهران وخمسة ايام لما بينا عتقاه
وعتق المكاتب فان كان الادا في العدة فعليها ثلاث حيض مستانفة من يوم
عتقا فتستكمل فيها شهرين وخمسة من يوم مات المكاتب لان الاصل ان المكاتب
اذا ترك ولم يترك وفا فاكتسب الولد وادي يحكم بعتق المكاتب في الحال
ويستند الى ما قبل الموت من طريق الحكم لانه اذا لم يترك وفا فقد مات
عاجزا في الظاهر فلم يحكم بعتقه قبل موته مع العجز وانما حكم عند الادا
فيحكم بعتقه للحال ثم يستند فيعتق بعتقه ويجب عليها الحيض بعد العتق
بخلاف ما اذا ترك وفا لانه اذا كان له مال فالدين وهو بدل الكتابة
ينتقل من ذمته الى المال فيمنع ظهور العجز فاذا ادي يحكم بسقوط
دين الكتابة عنه وسلامته للمولى في اخر جزء من اجزاء حياته فيعتق
في ذلك الوقت وعند زفر رحمه الله في الفصلين جميعا يحكم بعتقه
قبل الموت ويجعل الولد ويجعل الولد اذا ادي كالكسب اذا ادي عنه
والمسئلة تعرف في موضع اخر فان اديا فعتقا بعد ما انقضت العده
بالشهرين وخمسة ايام فعليها ثلاث حيض مستقبلة لان عدة الوفاه لما
انقضت تجدد وجوب عدة اخرى بالعتق فكان عليها ان تعتد بها
وذكر بن سماعة في نوادره عن محمد رحمه الله اذا اشترى المكاتب امراته
وولدت منها ثم مات وترك وفا من ديون له او مال فعدتها ثلاث حيض
في شهرين وخمسة ايام لاني لا اعلم يودي المال فيحكم بعتقه او لا
فيحكم بعجزه فوجب الجمع بين العدتين ولو تزوج المكاتب بنت مولاه
ثم مات المولى ومات المكاتب وترك الوفا فعليها اربعة اشهر وعشر
دخل بها او لم يدخل لان النكاح عندنا لا يفسد بموت المولى فاذا مات
المكاتب عن منكوحته الحره وجبت عليها عدة الحرائر وان لم يترك وفا
فعليها ثلاث حيض ان كان قد دخل بها وان لم يكن دخل بها فلا عدة عليها
لانه مات عاجزا فملكته قبل موته وانفسخ النكاح ووجبت عليها العدة

بالفرقة في حال الحياة ان كان دخل بها والا فلا واما احكام العده
فمنها ان لا يجوز نكاح المعتده لقوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح
حتى يبلغ الكتاب اجله قيل اي لا تعزموا على عقد النكاح وقيل اي لا
تعقدوا عقدة النكاح حتى ينقضي ما كتب الله عليها من العده ولان النكاح
بعد الطلاق الرجعي قايم من كل وجه وبعد الثلاث والباين قايم
من وجه حال قيام العدة لقيام بعض اثاره والثابت من وجه
كالثابت من كل وجه في باب الحرمات احتياطا ويجوز لصاحب العده
ان يتزوجها لان النهي عن التزوج للاجانب لا للازواج لان عدة الوفاة
انما لزمتها حقا للزوج لكونها باقية على حكم نكاحه من وجه فانما يظهر في
حق التحريم على الاجنبي لا على الزوج اذ لا يجوز ان يمنع حقه حقه
ومنها انه لا يجوز للاجنبي خطبة المعتده صريحا سوا كانت مطلقة
او متوفا عنها زوجها اما المطلقة طلاقا رجعيا فلانها زوجة المطلق
لقيام ملك النكاح من كل وجه فلا يجوز خطبتها كما لا يجوز قبل الطلاق
واما المطلقة ثلاثا او باينا والمتوفي عنها زوجها فلان النكاح حال
قيام العدة قايم من وجه لقيام بعض اثاره فيكون كالثابت من كل
وجه في باب الحرمة ولان التصريح بالخطبة حال قيام النكاح من
وجه وقوف موقف التهمة ورتع حول الحمى وقد قال النبي صلى الله
عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلا يقفن مواقف
التهم وقال من رتع حول الحمى يوشك ان يوقع فيه فلا يجوز التصريح
بالخطبة في العدة اصلا واما التعريض بها فلا يجوز في عدة الطلاق
ولا باس به في عدة الوفاه والفرق بينهما من وجهين احدهما انه لا
يجوز للمعتده من طلاق الخروج عن منزلها اصلا لا بالليل ولا بالنهار فلا
يمكن التعريض على وجه لا يقف عليه الناس والاظهار بذلك
بالحضور الى بيت زوجها فقبيح واما المتوفاة عنها زوجها فيباح لها
الخروج نهارا فيمكن التعريض على وجه لا يقف عليه سواها والثاني
ان تعريض المطلقة اكتساب عداوة وبغض فيما بينه وبين زوجها
اذ العدة من حقه بدليل انه اذا لم يدخل بها لا تجب العده ومعنى
العداوه لا يتقدر بينه وبين الميت ولا بينه وبين ورثته ايضا
لان العده في المتوفى عنها زوجها ليست لحق الزوج بدليل انها
تجب قبل الدخول بها فلا يكون التعريض في هذه العده تسببا
الى العداوه والبغض بينه وبين ورثة المتوفا فلم يكن به باس
والاصل في جواز التعريض في عدة الوفاه قوله تعالى ولا جناح عليكم
فيما عرضتم به من خطبة النسا واختلف اهل التاويل في التعريض

انه مما هو قال بعضهم هو ان يقول لها انك لجميلة واني فيك لراغب وانك لتعجبيني او اني لارجوا ان يجمع او انك لنافعة لنافعه وهذا غير سديد
ولا يحل لاحد ان يسافه امراة اجنبية لا يحل له نكاحها للحال بمثل هذه
الكلمات لان بعضها صريح في الخطبة وبعضها صريح في اظهار الرغبة فلا
يجوز شي من ذلك واما المرخص هو التعريض وهو ان يوري من نفسه
الرغبة في نكاحها بدلالة في الكلام من غير تصريح به اذ التعريض في اللغة
هو تضمين الكلام في الدلالة على شي من غير التصريح به بالقول على ما ذكر
في الخبر ان فاطمة بنت قيس لما استشارت رسول الله صلى الله عليه وسلم
وهي معتدة فقال لها اذا انقضت عدتك فاذنيني فاذنته في رجلين
كانا خطباها فقال لها اما فلان فانه لا يرفع العصا عن عاتقه واما
فلان فانه صعلوك لا مال له فهل لك في اسامة بن زيد فكان قوله
اذنيني كناية خطاب الى ان اشار الى اسامة بن زيد وصرح به
وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال التعريض بالخطبة ان يقول لها
اني اريد ان اتزوج امراة من صفتها كذا ومن امرها كذا يعرض لها
بالقول والله اعلم **ومنها** حرمة الخروج من البيت لبعض المعتدات
دون بعض **و**جملة الكلام فيه في هذا الحكم ان المعتدة لا تخلوا اما
ان تكون حرة واما ان تكون امة بالغة او صغيرة عاقلة او مجنونة مسلمة
او كتابية مطلقة او متوفا عنها زوجها والحال حال الاختيار او حال
الاضطرار فان كانت معتدة من نكاح صحيح وهي حرة مطلقة بالغة
عاقلة مسلمة والحال حال الاختيار فانها لا تخرج ليلا ولا نهارا
سوا كان الطلاق ثلاثا او بائنا او رجعيا **اما** في الطلاق الرجعي
فلقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان ياتين
بفاحشة مبينة قيل الفاحشة هاهنا الزنا وقيل قوله تعالى الا ان ياتين بفاحشة
مبينة الا ان تزني فتخرج لاقامة الحد عليها وقيل الفاحشة
هي الخروج نفسه اي الا ان يخرجن فيكون خروجهن فاحشة نهي الله
تعالى الازواج عن الاخراج والمعتدة عن الخروج وقوله تعالى
اسكنوهن من حيث سكنتم والامر بالاسكان نهي عن الخروج
والاخراج ولانها زوجته بعد الطلاق الرجعي لقيام ملك النكاح
من كل وجه فلا يباح لها الخروج كما قبل الطلاق الا ان بعد الطلاق
وان اذن لها بالخروج بخلاف ما قبل الطلاق لان حرمة الخروج
بعد الطلاق لمكان العدة وفي العدة حق الله تعالى فلا يملك ابطاله بخلاف
ما قبل الطلاق لان الحرمة ثمة لحق الزوج فيملك ابطال حق نفسه
بالاذن بالخروج ولان الزوج يحتاج الى تحصين مائه والمنع من

الخروج طريق تحصين الماء لان الخروج يريب الزوج انه وطئها غيره فيشتبه
النسب اذا حبلت **واما** في الطلاق الثلاث والبائن فلعموم النهي ومساس
الحاجة الى تحصين الماء **ومنها** المتوفا عنها زوجها فلا تخرج ليلا ولا
باس ان تخرج بالنهار في حوائجها لانها تحتاج الى الخروج بالنهار لاكتساب
ما تنفقه لانه لا نفقة لها من الزوج المتوفا بل نفقتها عليها فتحتاج
الى الخروج بالليل بخلاف المطلقة فان نفقتها على الزوج فلا تحتاج الى
الخروج حتى لو اختلعت بنفقة عدتها بعض مشايخنا قالوا يباح لها
الخروج بالنهار للاكتساب لانها بمعنى المتوفا عنها زوجها وبعضهم
قالوا لا يباح لها الخروج لانها هي التي ابطلت النفقة باختيارها
والنفقة حق لها فتقدر على ابطاله فاما الزوم المثبت فحق عليها
فلا تملك ابطاله واذا خرجت بالنهار في حوائجها لا تبيت عن منزلها
الذي تعتد فيه **والاصل** فيه ما روي ان فريعة اخت ابي سعيد
الخدري لما قتل زوجها اتت النبي صلى الله عليه وسلم فاستاذنته
في الانتقال الى بني خدرة فقال لها امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب
اجله وفي رواية لما استاذنت اذن لها ثم دعاها فقال اعيدي
المسئلة فعادت فقال لا حتى يبلغ الكتاب اجله افادنا الخبر
حكمين اباحة الخروج بالنهار وحرمة الانتقال حيث لم ينكر خروجها
ومنعها من الانتقال **وروي** علقمة ان نسوة من همدان نعي اليهن ازواجهن
فسالن ابن مسعود فقلن انا نستوحش فامرهن ان يجتمعن بالنهار فاذا
كان بالليل فلترح كل امراة الى بيتها **وروي** عن محمد رحمه الله انه قال
لا باس ان تنام عن بيتها اقل من نصف الليل لان البيتوتة في العرف
عبارة عن الكون في البيت اكثر الليل فما دونه لا يسمى بيتوتة في العرف
ومنزلها الذي تؤمر بالسكون فيه للاعتداد هو الموضع الذي كانت
تسكنه قبل مفارقة زوجها وقبل موته سوا كان الزوج ساكنا فيه او لم
يكن لان الله تعالى اضاف البيت اليهن بقوله ولا يخرجن لا تخرجوهن
من بيوتهن والبيت المضاف اليها هو الذي تسكنه ولهذا قال
اصحابنا انها اذا زارت اهلها فطلقها زوجها كان عليها ان تعود
الى منزلها الذي كانت تسكن فيه فتعتد ثمه لان ذلك الموضع
هو الذي يضاف اليها وان كانت هي في غيره وهذا في حالة
الاختيار **واما** في حالة الضرورة فان اضطرت الى الخروج من بيتها
بان خافت سقوط منزلها او خافت على متاعها او كان المنزل
باجرة ولا تجد ما تؤديه في اجرته في عدة الوفاة فلا باس عند ذلك
ان تنتقل وان كانت تقدر على الاجرة لا تنتقل وان كان المنزل

لزوجها او قد مات عنها فلها ان تسكن في نصيبها ان كان نصيبها من ذلك
يكتفي به في السكنى وتستتر عن سائر الورثة ممن ليس بمحرم لها وان كان
نصيبها لا يكفيها او خافت على متاعها منهم فلا باس ان تنتقل وانما كان
كذلك لان السكنى وجبت بطريق العبادة حقا لله تعالى عليها والعبادات
تسقط بالاعذار وقد روي انه لما قتل عمر نقل علي ام كلثوم لانها
كانت في دار الاجارة **وقد روي** ان عائشة رضي الله عنها نقلت اختها
ام كلثوم بنت ابي بكر لما قتل طلحة فدل ذلك على جواز الانتقال للعذر
واذا كانت تقدر على اجرة البدل المنزل في عدة الوفاة بلا عذر
فلا تسقط عنها العبادة كالمتيمم اذا قدر على شرا الما بان وجد ثمنه
وجب عليه الشرا وان لم يقدر لا يجب لعذر العدم كذا ههنا واذا
انتقلت لعذر يكون سكناها في البيت الذي انتقلت اليه بمنزلة كونها
في المنزل الذي انتقلت منه في حرمة الخروج عنه لان الانتقال من
الاول اليه كان لعذر فصار المنزل الذي انتقلت اليه كان منزلها
من الاصل فلزمها المقام فيه حتى تنقضي العدة وكذا ليس للمعتدة
من طلاق ثلاث او باين ان تخرج من منزلها الذي تعتد فيه الى سفر
اذا كانت معتدة من نكاح صحيح وهي الصفات التي ذكرناها ولا
يجوز للزوج ان يسافر بها ايضا لقوله تعالى ولا يخرجن الا ان
ياتين بفاحشة وقوله هن كناية عن المعتدات ولان الزوجية
قد زالت بالثلاث والباين فلا يجوز له المسافرة بها وكذا المعتدة
من طلاق رجعي ليس لها ان تخرج الى سفر سوا كان سفر حج فريضة
او غيره لكن لا مع زوجها ولا محرم غيره حتى تنقضي عدتها او
يراجعها لقوله تعالى ولا يخرجن من غير فصل بين خروج وخروج
لما ذكرنا ان الزوجية قايمة لان ملك النكاح قايم فلا يباح لها
الخروج ولان العدة منعت من اصل الخروج فلان يمنع من خروج
مديد وهو الخروج الى السفر اولى وانما استوي فيه سفر الحج
وغيره وان كان حج الاسلام فرضا لان المقام في منزلها واجب
لا يمكن تداركه بعد انقضا العدة وسفر الحج واجب لا يمكن تداركه
بعد انقضا العدة لان جميع العمر وقته فكان تقديم واجب
لا يمكن تداركه بعد الفوت جمعا بين الواجبين فكان اولى
وليس لزوجها ان يسافر بها عند اصحابنا الثلاثة وقال
زفر رحمه الله له ذلك **واختلف** مشايخنا في تخريج قول زفر
قال بعضهم انما قال ذلك لانه قد ثبت من اصل اصحابنا ان الطلاق
الرجعي عدم في حق الحكم قبل انقضا العدة فكان الحال قبل الرجعة

وبعدها سوا وقال بعضهم انما قال ذلك لان المسافرة بها رجعة عنده
دلالة **ووجهه** ان اخراج المعتدة من بيت العدة حرام فلو لم يكن من قصده الرجعة
لما سافر بها ظاهرا تحرزا عن الحرام فيجعل المسافرة بها رجعة دلالة حملا
لامره على الصلاح صيانة له ولهذا جعلنا القبلة واللمس عن شهوة رجعة
كذا ههنا **ولنا** قوله تعالى ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشة مبينة نهى
الازواج عن الاخراج والنسا عن الخروج **وبه** تبين فساد التخريج
الاول لان نص كتاب الله تعالى يقتضي حرمة اخراج المعتدة وان كان
ملك النكاح قايما في الطلاق الرجعي فيترك القياس في مقابلة النص
واليه اشار ابو حنيفة رحمه الله فيما روي عنه انه قال لا يسافر بها
ليس من قبل انه غير زوج وهو زوج وهو بمنزلة المحرم لكن الله
تعالى قال لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن واما التخريج الثاني
وهو قوله ان مسافرة الزوج بها دلالة الرجعة تحرزا عن الحرام
فممنوع وما ذكروا ان الظاهر انه يريد الرجعة تحرزا عن الحرام فذلك
فيما كان النهي في التحريم ظاهرا فاما فيما كان خفيا فلا وحرمة اخراج
المعتدة عن طلاق رجعي مع قيام ملك النكاح من كل وجه مما يخفى
عن الفقها فضلا عن العوام فلا يثبت الامتناع عنه من طريق الدلالة
معما ان الخلاف ثابت فيما اذا كان الزوج يقول ان لا يراجعها نصا
ولا معتبر بالدلالة مع التصريح بخلافها واذا لم تكن المسافرة بها
دلالة الرجعة فلو اخرجها لاخرجها مع قيام العدة وهذا
حرام بالنص وقد قالوا فيمن خرجت بمحرمه فطلقها الزوج
وبينها وبين مصرها اقل من ثلاثة ايام انها ترجع وتصير
بمنزلة المحصر لانها صارت ممنوعة من الحج لمضي في حجها لمكان
العدة فاما اذا راجعها الزوج فقد بطلت العدة وعادت
الزوجية فجاز السفر بها ويستوي الجواب في حرمة الخروج
والاخراج الى السفر وما دون ذلك لعموم النهي لان النهي
عن الاخراج والخروج في نفسه الى ما دون السفر اخف لحقة به
الخروج او الاخراج في غيبته واذا خرج الرجل مع امراته
مسافرا فطلقها في بعض الطريق او مات عنها فان كان بينها
وبين مصرها الذي خرجت منه اقل من ثلاثة ايام فصاعدا
رجعت الى مصرها لانها لو مضت لاحتاجت الى انشا سفر وهي
معتدة ولو رجعت ما احتاجت الى ذلك فكان الرجوع اولى
كما اذا طلقت في المصر خارج بيتها انها تعود الى بيتها كذا هذا
وان كانت بينها وبين مصرها ثلاثة ايام فصاعدا وبينها وبين

وبين مقصدها اقل من ثلاثة ايام فانها تمضي لانه ليس في المضي انشا سفر
وفي الرجوع انشا سفر والمعتده ممنوعة عن السفر وسوا كان الطلاق
في موضع لا يصلح للاقامة كالمفازة ونحوها او في موضع يصلح لها كالمصر
ونحوه وان كان بينها وبين مصرها ثلاثة ايام وبينها وبين مقصدها
ثلاثة ايام فانها تمضي لانه ليس في المضي انشا سفر وفي الرجوع انشا
سفر والمعتده ممنوعه عن السفر وسوا كان الطلاق في موضع لا يصلح
للاقامه كالمفازة ونحوها او في موضع يصلح لها كالمصر ونحوه وان كان
بينها وبين مصرها ثلاثة ايام وبينها وبين مقصدها ثلاثة
ايام فصاعدا فان كان الطلاق في المفازه او في موضع لا يصلح للاقامة
بان خافت على نفسها او متاعها فهي بالخيار ان شاءت مضت وان شاءت
رجعت لانه ليس لاحدهما اولى من الاخر سوا كان معها محرم او لم
يكن واذا عادت او مضت فبلغت ادنى المواضع التي تصلح للاقامه
في مضيها او رجوعها اقامت فيه واعتدت ان لم تجد محرما بلا
خلاف وان وجدت فكذلك عند ابي حنيفه رحمه الله لانه لو وجد
الطلاق ابتدا لكان لا يجوز ان يتجاوزه عنده وان وجدت محرما
فكذلك عند ابي حنيفه رحمه الله لانه لو وجد الطلاق ابتدا لكان
لا يجوز وان وجدت محرما فكذلك اذا وصلت اليه وان كان الطلاق
في المصر او في موضع يصلح للاقامه اختلف فيه قال ابو حنيفه
رحمه الله تقيم فيه حتى تنقضي عدتها ولا تخرج بعد انقضا عدتها
الا مع محرم رحما كان او غيره وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
ان كان معها محرم مضت على سفرها وجه قولهما ان حرمة
الخروج ليس لاصل العده بل لمكان السفر بدليل انه يباح لها الخروج
اذا لم يكن بين مقصدها ومنزلها مسيرة ثلاثة ايام ولو كان
الحرمة الثابته للعده لا تختلف بالسفر وغير السفر واذا كانت
الحرمه لمكان السفر تسقط بوجود المحرم وجه قول ابي حنيفه
ان العده مانعة من الخروج والسفر معا لاصل الا ان الخروج الى
ما دون السفر ههنا سقط اعتباره لانه ليس بخروج مبتدا بل
هو مبني على الخروج الاول فلا يكون له حكم نفسه بخلاف الخروج
من بيت الزوج لانه خروج مبتدا واذا كان من الحالين جميعا ه
مسيرة سفر كانت منشية للخروج باعتبار السفر فيثبتا وله المحرم
وما حرم لاجل العده لا يسقط بوجود المحرم واما المعتده في النكاح
الفاسد فلها ان تخرج لان احكام العده مرتبه على احكام النكاح
بل هي احكام النكاح السابق في الحقيقه بعينه بعد الطلاق والوفاة

والنكاح الفاسد لا يفيد المنع من الخروج فكذا العده الا اذا منعها
الزوج لتحصين مائه فله ذلك واما الامه والمدبره وام الولد ه
والمكاتبه والمستسعاه على اصل ابي حنيفه فيخرجن في ذلك كله
من الطلاق والوفاه اما الامه فلما ذكرنا ان حال العده مبنية على
حال النكاح ولا يلزمها المقام في منزل زوجها في حال النكاح كذا في
حال العده ولان الخدمه حق المولى فلو منعناها من الخروج لابطلنا
حق المولى في الخدمه من غير رضاه وهذا لا يجوز الا اذا بواها
مولاها منزلا فحينئذ لا تخرج ما دامت على ذلك لانه رضي بسقوط
حق نفسه وان اراد المولى ان يخرجها فله ذلك لان الخدمه ه
للمولى واما كان اعادها للزوج والمعير ان يسترد العاريه
ولما ذكرنا ان حال العده معتبره بحال الزوج مرتبه عليها
ولو بواها المولى في حال النكاح كان للزوج ان يمنعها من الخروج
حتى يبدو للمولى فكذا في حال العدة وروي بن سماعه عن
محمد رحمه الله في الامه اذا طلقها زوجها وكان المولى مستغنيا
عن خدمتها فليس لها ان تخرج وان لم يامرها لانه قال اذا اجاز لها
ان تخرج باذنه جاز لها ان تخرج بكل وجه الا ترى ان حرمة الخروج
لحق الله تعالى فلو لزمها لم تسقط باذنه وكذلك المدبره لما قلنا
وكذلك ام الولد اذا طلقها زوجها او مات عنها لانها امه
المولى وكذا اذا اعتقت او مات عنها سيدها لها ان تخرج ه
لان عدتها عدة وطي فكانت كالمنكوحة نكاحا فاسدا واما
المكاتبه فلان سعايتها في حق المولى لانها تصل المولى
الى حقه فلو منعناها من الخروج لتعذرت عليها السعايه
والمعتق بعضها بمنزلة المكاتبه عند ابي حنيفه رحمه الله
وعندهما حرة ولو اعتقت الامه في العده يلزمها فيما بقي من
عدتها ما يلزم الحره لان المانع من الخروج قد زال واما
الصغيره فلها ان تخرج من منزلها اذا كانت العدة لا رجعية
فيها سوا اذن لها او لم يأذن لان وجوب السكنى في البيت
المعتده لحق الله تعالى وحق الزوج وحق الله تعالى لا يجب على
الصبي وحق الزوج في حفظ الولد ولا ولد منها وان كانت
المطلقه رجعيه فلا يجوز لها الخروج بغير اذن الزوج لانها زوجه
فلها ان باذن لها بالخروج وكذا المجنونه لها ان تخرج من
منزلها لانها غير مخاطبه كالصغيره الا ان لزوجها ان يمنعها
من الخروج لتحصين مائه بخلاف الصغيره فان الزوج لا يملك

منعها لان المنع في حق المجنونه لصيانة الما لاحتمال الحبل والصغيره لاجل
والمنع من الطلاق الرجعي لكونها زوجة له واما الكتابية فلها ان تخرج لان
السكنى في العده حق الله تعالى من وجه فتكون عبادة من هذا الوجه
والكفار لا يخاطبون بشرايع هي عبادات الا اذا منعها الزوج من
الخروج لتحصين مايه لان للزوج حقا في العده وهو صيانة مايه
عن الاختلاط فان اسلمت الكتابيه في العده لزمها فيما بقي من عدتها
ما يلزم المسلمه لان المانع من اللزوم هو الكفر وقد زال بالاسلام
وكذلك المجوسيه اذا اسلم زوجها وابت الاسلام حتى وقعت الفرقه
ووجبت العدة بان كان الزوج قد دخل بها لها ان تخرج لما قلنا الا اذا
اراد الزوج منعها من الخروج لتحصين مايه فاذا طلب ذلك منها يلزمها
لان حق الانسان يجب ابقاوه عند طلبه ولو قبلت المسلمة ابن زوجها
حتى وقعت الفرقه ووجبت العده بان كان الزوج قد دخل بها
لها ان تخرج لما قلنا الا انه هذا اذا اراد الزوج منعها من الخروج
لتحصين مايه فاذا طلب ذلك منها يلزمها لان حق الانسان
يجب ابقاوه عند طلبه ولو قبلت المسلمه ابن زوجها حتى وقعت
الفرقه ووجبت العده اذا كان بعد الدخول فليس لها ان تخرج من
منزلها لان السكنى في العده فيها حق الله تعالى وهي مخاطبة
بحقوق الله تعالى **واما** بعد انقضاء العده فلها ان تخرج الى مسيرة
سفر بلا محرم لانها تحتاج الى ذلك فلو شرط له المحرم لضاق
الامر عليها وهذا لا يجوز ولا يجوز لها ان تخرج الى مسيرة سفر
الا مع المحرم **والاصل** فيه ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال لا تسافر المراه فوق ثلاثة ايام الا ومعها زوجها او ذو
محرم منها وسوا كان المحرم من النسب او الرضاع او المصاهره
لان النص وان ورد في الرحم المحرم فالمقصود هو المحرميه
وهو حرمة المناكحة بينهما على التابيد وقد وجد فكان النص الوارد
في ذي الرحم المحرم واردا في المحرم بلا رحم دلالة **ومنها**
وجوب الاحداد على المعتده **والكلام** في هذا الحكم يقع في ثلاث
مواضع **احدها** في تفسير الاحداد **والثاني** في بيان ان الاحداد
واجب في الجملة اولا **والثالث** في بيان شرايط وجوبه **اما الاول**
فالاحداد في اللغة عبارة عن الامتناع من الزينه يقال احدت
المراة على زوجها وحدت اي امتنعت من الزينه وهي ان تجتنب
الطيب ولبس المطيب والمعصفر والمزعفر وتجتنب الدهن والكحل
ولا تختضب ولا تمتشط ولا تلبس حليا ولا تتشوف **اما** الطيب فلما

روت ام سلمه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتده ان تختضب بالحنا
وقال الحنا طيب فيدل على وجوب اجتناب الطيب ولان الطيب فوق
الحنا والنهي عن الحنا يكون نهيا عن الطيب دلالة كالنهي عن التافيف
نهي عن الضرب والقتل دلالة وكذا لبس الثوب المطيب والمصبوغ
بالعصفر والزعفران له رايحة طيبه فكان كالطيب **واما** الدهن
فلما فيه من زينة الشعر وفي الكحل زينة العين ولهذا حرم على المحرم
جميع ذلك وهذا في حال الاختيار فاما في حال الضروره فلا باس
به بان اشتكت عينها فلا باس ان تكتحل او اشتكت راسها فلا باس ان
تصب فيه الدهن او لم يكن لها الا ثوب مصبوغ فلا باس ان تلبسه
لكن لا تقصد به الزينه لان موضع الضروره مستثناة وقال ابو يوسف
رحمه الله لا باس ان تلبس العصب والخز الاحمر وذكر في الاصل
وقال ولا تلبس عصبا ولا خزا تتزين به لان الخز والعصب قد
يلبس للزينه وقد يلبس للحاجه والدفا فاعتبر فيه القصد فان
قصد به الزينه لم يجز وان لم يقصد جاز **واما** الثاني وهو بيان
انه واجب ام لا **فنقول** وبالله التوفيق لا خلاف بين الفقها رضي
الله عنهم ان المتوفي عنها زوجها يلزمها الاحداد وقال نفاة القياس
لا احداد عليها وهم محجوجون بالاحاديث واجماع الصحابه رضي الله عنهم
اما الاحاديث **فمنها** ما روي ان ام حبيبه لما بلغها موت ابيها ابي سفيان
انتظرت ثلاثة ايام ثم دعت بطيب وقالت ما لي الى الطيب من حاجة
لكني سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لامراة تومن بالله
واليوم الاخر ان تحد على ميت فوق ثلاثة ايام الا على زوجها اربعة
اشهر وعشرا **وروي** ان امراة مات زوجها فجاءت الى رسول الله صلى
الله عليه وسلم تستاذنه في الانتقال فقال لها رسول الله صلى الله
عليه وسلم ان احداكن كانت تمكث في شر احلاسها الى الحول ثم تخرج
فتلقي البعره افلا اربعة اشهر وعشرا فدل الحديث ان عدتهن من قبل
نزول هذه الايه كانت حولا وانهن كن في شر احلاسهن مدة الحول
ثم انتسخ ما زاد على هذه المده وبقي الحكم فيما بقي على ما كان قبل النسخ
وهي ان تمكث المعتده هذه المدة في شر احلاسها وهذا تفسير
الحداد **واما الاجماع** فانه روي عن جماعة من الصحابه رضي الله عنهم
منهم ابن عمر وعايشه وام سلمه وغيرهم مثل قولنا وهو قول السلف
واختلف في المطلقه ثلاثا او باينا قال اصحابنا يلزمها الحداد وقال
الشافعي رحمه الله لا يلزمها الحداد **وجه قوله** ان الحداد في المنصوص
عليه انما وجب لحق الزوج تاسفا على ما فاتها من حسن العشره وادامة

القصة الى وقت الموت وهذا المعنى لم يوجد في المطلقة لان الزوج اوحشها بالفرقة وقطع الوصلة باختياره ولم يمت عنها فلا يلزمها التأسف ٥
ولنا ان الاحداد انما وجب على المتوفى عنها زوجها لفوات النكاح الذي هو نعمة في الدين خاصة في حقها لما فيه من قضاء شهوتها وعفتها عن الحرام ٥ وصيانة نفسها عن الهلاك بدرور النفقة وقد انقطع ذلك كله بالموت فلزمها الاحداد اظهارا للمصيبة والحزن وقد وجد هذا المعنى في المطلقة الثلاث والمبانة فيلزمها الاحداد **وقوله** الاحداد في عدة الوفاة وجب لحق الزوج لا يستقيم لانه لو كان لحق الزوج لما زاد على ثلاثة ايام كما في موت الاب **واما** الثالث في شرايط وجوبه **وهي** ان تكون المعتدة بالغة عاقلة مسلمة من نكاح صحيح سواء كانت متوفى عنها زوجها او مطلقة ثلاثا او بائنا فلا يجب على الصغيرة ٥ والكافرة كساير العبادات البدنية من الصوم والصلاة وغيرهما بخلاف العدة فانها اسم لمضي زمان وذا لا يختلف بالاسلام والكفر والصغر والكبر على ان بعض اصحابنا قالوا لا يجب عليهما العدة وانما يجب علينا ان لا نتزوجهما ولا احداد على ام الولد اذا اعتقها مولاها او مات عنها لانها تعتد من الوطي كالمنكوحة نكاحا فاسدا ولا حداد على المعتدة من نكاح فاسد وكذا عليها ولا احداد على ٥ المطلقة طلاقا رجعيا لانه يجب اظهار المصيبة على فوت نعمة النكاح والنكاح بعد الطلاق الرجعي غير فايت بل هو قايم من كل وجه فلا يجب الحداد بل يستحب لها ان تتزين لتحسن في عين الزوج فيراجعها ولا احداد في النكاح الفاسد لان النكاح الفاسد ليس بنعمة في الدين لانه معصية ومن المحال ايجاب اظهار المصيبة على فوات المعصية بل الواجب اظهار السرور والفرح على فواتها **واما** الحرية فليست بشرط لوجوب الاحداد فيجب الاحداد على الامة والمدبرة وام الولد اذا كان لها زوج فمات عنها او طلقها والمكاتبة والمستسعاة لان ما يجب له الحداد لا يختلف بالرق والحرية فكانت الامة فيه كالحرة **ومنها** وجوب النفقة والسكنى وهو مؤنة السكنى لبعض المعتدات دون بعض **وجملة الكلام** فيه ان المعتدة اما ان كانت عن طلاق او عن فرقة بغير طلاق واما ان كانت عن وفاة لا تخلو من ان يكون معتدة من نكاح صحيح او فاسد او ما هو في معنى النكاح الفاسد فان كانت معتدة من نكاح صحيح عن طلاق فان كان الطلاق رجعيا فلها النفقة والسكنى بلا خلاف لان ملك النكاح قايم فكان الحال بعد الطلاق كالحال قبله ولما نذكر من دلايل اخر وان كان

الطلاق

الطلاق ثلاثا او بائنا فلها النفقة والسكنى ان كانت حاملا بالاجماع لقوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن وان كانت حايلا فلها النفقة والسكنى عند اصحابنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله لها السكنى ولا نفقة لها وقال ابن ابي ليلى لا نفقة لها ولا سكنى ٥ **واحتجا** بقوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن خص الحامل بالامر بالانفاق عليها فلو وجب الانفاق على غير الحامل لبطل التخصيص **وروي** عن فاطمة بنت قيس انها قالت طلقني زوجي ثلاثا فلم يجعل لي النبي صلى الله عليه وسلم نفقة ولا سكنى ولان النفقة تجب بالملك وقد زال بالثلاث والبائن الا ان الشافعي رحمه الله يقول عرفت وجوب السكنى في الحامل بالنص بخلاف القياس **ولنا** قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وفي قراءة ابن مسعود اسكنوهن من حيث سكنتم وانفقوا عليهن من وجدكم ولا اختلاف بين القراءتين لكن احديهما يفسر الاخرى كقوله والسارق والسارقة ٥ فاقطعوا ايديهما وقرا ابن مسعود ايمانهما وليس ذلك اختلاف القراءة بل قراءته تفسير القراءة الظاهرة كذا هذا ولان الامر بالاسكان امر بالانفاق لانها اذا كانت محبوسة ممنوعة عن الخروج لا تقدر على اكتساب النفقة فلو لم تكن نفقتها على الزوج ولا مال لها لهلكت او ضاق الامر عليها وعسر وهذا لا يجوز وقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما اتاه الله من غير فصل بينما قبل الطلاق وبعده في العدة ولان النفقة قبل الطلاق انما وجبت لكونها محبوسة عن الخروج والبروز لحق الزوج وقد بقي ذلك الاحتباس بعد الطلاق في حال العدة وتايد بانضمام حق الشرع اليه لان الحبس قبل الطلاق كان حقا للزوج على الخلوص وبعد الطلاق تعلق به حق الشرع حتى لا يباح لها الخروج وان اذن الزوج لها بالخروج فلما وجبت به النفقة قبل التاكد فلان تجب بعد التاكد اولى **واما** الاية ففيها امر بالانفاق على الحامل وانه لا ينفي وجوب الانفاق على غير الحامل ولا توجبه ايضا فيكون مسكوتا موقوفا على قيام الدليل وقد قام دليل الوجوب وهو ما ذكرنا **واما** حديث فاطمة بنت قيس فقد رده عمر رضي الله عنه **قال** فانه روي انها لما روت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها سكنى ولا نفقة قال عمر رضي الله عنه لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا ونأخذ بقول امرأة لعلها نسيت او شبه لها سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لها السكنى والنفقة وقول عمر رضي الله عنه لا ندع كتاب ربنا

يحتمل انه اراد به قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ٥
وانفقوا عليهن من وجدكم كما هو قراة ابن مسعود ويكون هذا قراة عمر
ايضا ويحتمل انه اراد به قوله تعالى ذو سعة من سعته ومن قدر
عليه رزقه فلينفق مما اتاه الله مطلقا ويحتمل انه اراد بقوله ٥
لا ندع كتاب ربنا في السكنى خاصة وقوله اسكنوهن من حيث سكنتم
من وجدكم كما هو القراة الظاهره واراد بقوله وسنة نبينا ما روي
عنه انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لها ٥
النفقة والسكنى ويحتمل ان يكون عند عمر من هذا تلاوة رفعت عينها
وبقي حكمها فاراد بقوله لا ندع كتاب ربنا تلك الاية كما روي عنه
في باب الزنا انا كنا نتلوا في سورة الاحزاب الشيخ والشيخة ٥
اذا زنيا فارجموهما نكالا من الله والله عزيز حكيم ثم رفعت التلاوه
وبقي حكمها كذا ههنا وروي ان زوجها اسامة بن زيد كان اذا
سمعها تتحدث بذلك حصبها بكل شيء في يده وروي عن عايشه رضي الله
عنها انها قالت لها لقد فتنت الناس بهذا الحديث واقل احوال
انكار الصحابه على راوي الحديث ان يوجب طعنا فيه ثم قد قيل في تاويله
انها كانت تبذوا على احمائها اي تفحش عليهن باللسان من قولهم بذوت
على فلان اي فحشت عليه اي كانت تطيل لسانها عليهم بالفحش فنقلها
رسول الله صلى الله عليه وسلم الى بيت ابن ام مكتوم ولم يجعل لها
نفقة ولا سكنى لانها صارت كالناشزه اذ كانت سبب الخروج منها ٥
وهذا نقول فيمن خرجت من بيت زوجها في عدتها وكان منها سبب
اوجب الخروج انها لا تستحق النفقة ما دامت في العده ببيت غير
الزوج وقيل ان زوجها كان غايبا فلم يقض لها بالنفقة والسكنى
على الزوج لغيبته اذ لا يجوز القضا على الغايب من غير ان يكون
عنه خصم حاضر **فان قيل** روي ان زوجها خرج الى الشام وقد
كان وكل اخاه **فالجواب** انه انما وكله بطلاقها ولم يوكله ٥
بالخصومه وقولهما ان النفقة تجب لها بمقابلة الملك ممنوع فان ٥
للملك ضمانا اخر وهو المهر على ما نذكر وانما تجب بالاحتباس وقد
بقي بعد الطلاق الثلاث والباين فتبقى النفقه وسوا كانت المعتده
عن طلاق كبيره او صغيره مسلمه او كتابيه لان ما ذكرنا من الدلايل
لا يوجب الفصل ولا نفقه ولا سكنى للامة المعتده عن طلاق
اذا لم يبوبها المولى بيتا لانه اذا لم يبوبها بيتا فحق الحبس لم
يثبت للزوج **الا ترى** ان لها ان تخرج فان كان المولى قد بواها بيتا
فلها النفقه والسكنى لثبوت حق الحبس للزوج وكذلك المدبره

وام الولد اذا طلقهما وبواهما المولى بيتا او لم يبوبهما لان كل واحد منهما
امه وكذا المكاتبه والمستسعاه على اصل ابي حنيفه رحمه الله فان اعتقت
ام الولد او مات عنها مولاها فلا نفقة لها ولا سكنى لانها غير محبوسة
الا ترى ان لها ان تخرج فلا تجب لها النفقه ولا السكنى كالمعتده من نكاح
فاسد لان عدتها كعدة المنكوحة نكاحا فاسدا هذا اذا كانت معتده
عن طلاق من نكاح صحيح فان كانت معتده من نكاح فاسد فلا سكنى
لها ولا نفقه لما ذكرنا ان حال العدة معتبرة بحال النكاح ولا سكنى
ولا نفقه في النكاح الفاسد فكذا في العدة منه هذا اذا كانت ٥
معتده عن طلاق فان كانت معتده عن فرقه بغير طلاق ونكاح
صحيح فان كانت الفرقه فيه قبله فلها النفقة والسكنى كيف
ما كانت الفرقه وان كانت من قبلها فان كانت بسبب ليس بمعصيه
كالامه اذا اعتقت فاختارت نفسها وامراة العنين اذا اختارت
الفرقه فلها السكنى والنفقه فان كانت بسبب هو معصيه ٥
كالمسلمه قبلت ابن زوجها بشهوة قالوا لا نفقه لها ولها السكنى لان
السكنى فيها حق الله تعالى وهي مسلمه مخاطبه بحقوق الله تعالى
واما النفقه فتجب حقا لها على الخلوص فاذا وقعت الفرقه من
قبلها بغير حق فقد ابطلت حق نفسها بخلاف المعتقه وامراة
العنين لان الفرقه وقعت من قبلها بحق فلا تسقط النفقه ٥
هذا اذا كانت معتده عن طلاق او عن فرقة بغير طلاق فان
كانت معتده عن وفاة فلا سكنى لها ولا نفقه في مال الزوج سوا
كانت حايلا او حاملا لان النفقه في باب النكاح لا تجب بعقد
النكاح دفعة واحده كالمهر وانما تجب شيا فشيا على حسب ٥
مرور الزمان فاذا مات الزوج انتقل ملكه اموا له الى ورثته
فلا يجوز ان تجب النفقه والسكنى في مال الوارث وسوا كانت حرة
او امه كبيره او صغيره مسلمه او كتابيه لان الحرة المسلمه ٥
الكبيره لم تستحق النفقه والسكنى في عدة الوفاه فهولا اولى
وكذا المعتده من نكاح فاسد في الوفاه لا سكنى لها ولا نفقه
لانها لا يستحقان في النكاح الصحيح في هذه العدة ففي النكاح
الفاسد اولى **ومنها** ثبوت النسب اذا جات بولد **والكلام**
في هذا الحكم يقع في موضعين **احدهما** في بيان ما يثبت فيه نسب
المعتده **والثاني** في بيان ما يثبت به من الحجة اي يظهر به ٥
اما الاول فلا خلاف فيه ان اقل مدة الحمل ستة اشهر لقوله تعالى ٥
وحمله وفصاله ثلاثون شهرا جعل الله مدة الحمل ثلاثون شهرا والفصال

مطلب

حيننئذ ثم جعل الفصال وهو الفطام عامين بقوله تعالى وفصاله في عامين فيبقى للحمل ستة اشهر وهذا الاستبدال عن ابن عباس رضي الله عنه فانه روي ان رجلا تزوج امراة فجات بولد لستة اشهر فهم عثمان برجمها فقال ابن عباس اما انها لو خاصمتكم بكتاب الله تعالى لخصمتكم قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقال وفصاله في عامين اشار الى ما ذكرنا فدل ان اقل مدة الحمل ستة اشهر واكثرها سنتان عندنا **و**عند الشافعي رحمه الله اربع سنين وهو محجوج بحديث عايشة انها قالت لا يبقى الولد في رحم امه اكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل وروي ولو بفركة مغزل والظاهر انها قالت ذلك سماعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم لان هذا باب لا يدرك بالراي والاجتهاد ولا يظن بها انها قالت ذلك جزافا وتخمينا فتعين السماع **واصل اخر** ان كل مطلقة لم يلزمها العدة بان لم يكن مدخولا بها فنسب ولدها لا يثبت من الزوج الا اذا علم يقينا انه منه وهو ان تجي به لاقل من ستة اشهر وكل مطلقة وجبت عليها العدة فنسب ولدها يثبت من الزوج الا اذا علم يقينا انه ليس منه وهو ان تجي به لاكثر من سنتين وانما كان كذلك لان الطلاق قبل الدخول يوجب انقطاع النكاح بجميع علايقه وكان النكاح من كل وجه زايلا بيقين وما زال بيقين لا يثبت الا بيقين مثله فاذا جات بولد لاقل من ستة اشهر من يوم الطلاق فقد تيقنا ان العلوق وجد في حال الفراش وانه وطيها وهي حامل منه اذ لا يحتمل ان يكون بوطي بعد الطلاق لان المراة لا تلد لاقل من ستة اشهر فكان من وطي وجد على فراش الزوج وكون العلوق في فراشه يوجب ثبوت النسب منه واذا جات به لستة اشهر فصاعدا لم يستيقن بكونه مولودا على الفراش لاحتمال ان يكون بوطي بعد الطلاق والفراش كان زايلا بيقين فلم يثبت مع الشك **وعلى هذا** يخرج ما اذا طلق امراته قبل الدخول بها فجات بولد لاقل من ستة اشهر مذ طلقها انه يلزمه لتيقننا بالعلوق حال قيام النكاح واذا جات به لستة اشهر واكثر لا يلزمه لعدم التيقن بذلك ويستوي في هذا الحكم ذوات الاقرا وذوات الاشهر لما قلنا **وعلى هذا** يخرج ما اذا قال كل امراة اتزوجها فهي طالق فتزوج امراة فطلقت فجات بولد لا بها ان جات لستة اشهر من وقت النكاح يثبت النسب لانها اذا جات به لستة اشهر من وقت النكاح كان لاقل من ستة اشهر من وقت الطلاق لان الطلاق يقع عقيب النكاح لان الحالف اوقعه كذلك **الا ترى** انه قال فهي طالق والفا للتعقيب بلا تراخي وقال زفر رحمه الله لا يثبت النسب **وروي** ان محمدا كان يقول مثل قوله ثم رجع **وجه قول زفر** رحمه الله ان اثبات النسب يعتمد

بعد

امكان الوطي ولم يوجد اذ ليس بين الطلاق والنكاح زمان يسع فيه الوطيه بل كما وجد النكاح وقع الطلاق عقيبه بلا فصل فلا يتصور الفصل فلا يثبت النسب **وانا نقول** يمكن تصوره بان كان يخالطا امراة فدخل عليه الرجال فتزوجها وهم يسمعون كلامه وانزل من ساعته واذا تصور الوطي فالنكاح فاقيم مقام الوطي المنزل عند تصوره شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش واذا جات به لاقل من ستة اشهر من وقت النكاح لا يثبت النسب لانه علم يقينا انه لوطي وجد قبل النكاح ثم اذا جات به لستة اشهر من وقت النكاح حتى ثبت النسب تجب على الزوج مهر كامل كذا ذكر في ظاهر الرواية لانها صارت في حكم المدخول بها وذكر ابو يوسف في الامالي ان القياس ان تجب عليه مهر ونصف مهر نصف مهر بالطلاق قبل الدخول ومهر كامل بالدخول **ووجهه** ان تجعل الطلاق واقعا كما تزوج فيجب نصف المهر لوجود الطلاق قبل الدخول ثم تجعل واطيا بعد الدخول بنا على ان تعذر ان الطلاق غير واقع لانه يرى ان تعليق الطلاق بالملك لا يصح كما هو مذهب الشافعي رحمه الله فيجب المهر بهذا الوطي ويثبت النسب لان المسئلة مجتهد فيها فلا يكون فعله زنا الا ان ابي حنيفة رحمه الله استحسن وقال لا يجب الا مهر واحد لانها كالمدخول بها من طريق الحكم فيتاكد المهر وان طلقها بعد الدخول بها فجات بولد فجملة الكلام فيه ان يقال ان المعتدة لا تخلو اما ان كانت معتدة عن طلاق او عن غيره من اسباب الفرقة واما ان كانت معتدة عن وفاة وكل واحدة منهما لا تخلو اما ان كانت من ذوات الاقرا او من ذوات الاشهر واما ان كانت اقرت بانقضا عدتها او لم تقره فان كانت معتدة عن طلاق فالطلاق لا يخلو اما ان كانت من ذوات الاقرا يكون باينا واما ان يكون رجعيا فان كان باينا وهي من ذوات الاقرا ولم تكن اقرت بانقضا العده فجات بولد فان جات به الى سنتين مذ طلقها لزمه لانه يحتمل ان يكون العلوق من وطي حادث بعد الطلاق ويحتمل ان يكون من وطي وجد في حال قيام النكاح وكانت حاملا وقت الطلاق لان الولد يبقى في البطن الى سنتين بالاتفاق وهذا اظهر الاحتمالين اذ الظاهر من حال المسلمة ان لا يتزوج في العده وحمل امور المسلمين على السداد والصلاح واجب ما امكن فيحمل عليه او نقول النكاح كان قايما بيقين والفراش كان ثابتا لقيام النكاح والثابت بيقين لا يزول الا بيقين مثله فاذا كان احتمال العلوق على الفراش قايما لم يستيقن بانقضا العده وزوال النكاح من كل وجه فلم يستيقن بزوال النكاح اصلا فلا يحكم بالزوال بالشك وان جات به لاكثر من سنتين لم يلزمه ان انكره

لانا تيقنا انه ليس منه لان الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين فلا يثبت نسبه
منه ما لم يدع فاذا ادعى ثبت النسب منه **وهل** يشترط تصديقها **فيه روايتان**
واختلف في انقضا عدتها قال ابو حنيفه ومحمد رحمهما الله يحكم بانقضا لها ا ه
قبل الولاده بستة اشهر وترد ما اخذت من نفقة هذه المده وقال ابو يوسف
رحمه الله انقضا عدتها بوضع الحمل ولا ترد شيا من النفقه **وجه قوله** انه يحتمل
انه وطئها اجنبي بشبهة ويحتمل ان الزوج وطئها بشبهة فلا ترد النفقه بالشك
وجه قولهما ان الولد لا بد وان يكون من وطي حادث بعد الطلاق ه
لان الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين فلا يجوز ان يحمل على ان الزوج ه
وطئها لانه حرام ولا على ان اجنبيا وطئها بشبهة لان ذلك حرام وظاهر
حال المسلم التحرج عن الحرام فتعين الحمل على وطي حلال وهو الوطي في
نكاح صحيح فيحمل على ان عدتها قد انقضت وتزوجت واقل مدة الحمل ه
ستة اشهر فوجب رد نفقه ستة اشهر لانه تبين انها لم تكن عليه وقد
خرج الجواب عما ذكر ابو يوسف على انا ان حملنا على ان اجنبيا وطئها ه
بشبهة تسقط النفقه عن زوجها لانهم قالوا في المنكوحة اذا تزوجت فحملت
من غير زوجها انه لا نفقة لها وان كانت اقرت بانقضا العده وذلك
في مدة تنقضي في مثلها العده ثم جات بولد في سنتين فان جات به ه
لاقل من ستة اشهر من يوم اقرت لزمه ايضا وان جات به لستة اشهر
فصاعدا من وقت الاقرار لم يلزمه لان الاصل ان المعتده ه
تصدق في الاخبار عن انقضا عدتها اذ الشرع ايتمنها على ذلك
فتصدق ما لم يظهر غلطها او كذبها بيقين فاذا جات به لاقل
من ستة اشهر من وقت الاقرار ظهر انها غلطت او كذبت لا ~~لاقل~~ نه
تبين انها كانت معتده وقت الاقرار اذ المراه لا تلد لاقل
من ستة اشهر فاقرارها بانقضا العده وهي معتده يكون غلطا
او يكون كذبا اذ هو اخبار عن المخبر لا على ما هو به وهو حد الكذب
فالتحق اقرارها بالعدم واذا جات به لستة اشهر او اكثر لم يظهر
كذبها لاحتمال انها تزوجت بعد اقرارها بعد انقضا عدتها فجات
منه بولد فلم يكن ولد الزنا لكن ليس له نسب معروف فلزم تصديقها
في اخبارها عن عدتها بانقضا عدتها على الاصل فلم يلزم الزوج الولد
وهذا الذي ذكرنا مذهبنا وقال الشافعي رحمه الله اذا اقرت
ثم جات بولد لتمام ستة اشهر ثبت النسب ما لم تتزوج **وجه قوله**
ان اقرارها بانقضا عدتها يتضمن ابطال حق الصبي وهو تضييع
نسبه لان النسب يثبت حقا للصبي فلا يبطل **ولنا** ما ذكرنا
ان الشرع ايتمنها في الاخبار حيث نهاها عن كتمان ما في رحمها والنهي

عن

عن الكتمان امر بالاظهار والامر به امر بالقبول وقوله يتضمن ابطال حق الصبي
في النسب ممنوع فان ابطال الحق بعد ثبوته ولا يكون ثم النسب ههنا غير
ثابت لما ذكرنا فكيف يتصور ابطاله وان كان الطلاق رجعيا فجاءت بولد
ولم تقر بانقضا العده فان جات به الى سنتين من وقت الطلاق لزم
الزوج وانقضت عدتها وبانت لما ذكرنا في الطلاق البائن وان كانت
اكثر من سنتين لزم الزوج ايضا وصار مراجعا وانما كان كذلك
لان العلوق حصل من وطي بعد الطلاق ويمكن حمله على الوطي الحلال
وهو وطي الزوج لان الطلاق الرجعي لا يحرم الرجعه الوطي فيملك ه
وطئها ما لم تقر بانقضا عدتها فوجب حمله عليه ومتى حمل عليه صار
مراجعا بالوطي فيثبت نسبه وان طال الزمان لجواز ان يكون ممتده
الطهر فوطئها في اخر الطهر فعلقت وصار مراجعا **فان قيل** هلا
حمل عليه فيما اذا جات به لاقل من سنتين ليصير مراجعا لها ه
فالجواب انه هناك لا يمكن الحمل عليه لانه لو حمل عليه للزم اثبات
الرجعه لان الشك الامر محتمل يحتمل ان يكون العلوق من وطي بعد
الطلاق فيكون رجعة ويحتمل ان يكون من وطي قبله فلا يكون رجعة
فلا يثبت الرجعه مع الشك اما ههنا فلا يحتمل ان يكون العلوق من
وطي بعد الطلاق وامكن حمله على الوطي الحلال فيحمل عليه فيصير
مراجعا بالوطي فافترقا وان كانت اقرت بانقضا العده في مدة
تنقضي في مثلها العده فان جات به لاقل من ستة اشهر منذ
اقرت لزمه وان جات به لستة اشهر او اكثر من ذلك لم يلزمه ه
وقت الاقرار لا يلزمه لما ذكرنا في الطلاق البائن **هذا** اذا كانت
المعتده عن طلاق من ذوات الاقرا فاما اذا كانت من ذوات ه
الاشهر فان كانت ايسه فجات بولد فان كانت لم تقر بانقضا ه
عدتها فحكمها حكم ذوات الاقرا وقد ذكرناه سوا كان الطلاق
رجعيا او باينا اذا جات بولد الى سنتين من وقت الطلاق ثبت
نسبه من الزوج لانها لما ولدت علم انها ليست بايسه بل هي من ه
ذوات الاقرا وان كانت اقرت بانقضا عدتها فان كانت اقرت به
مفسرا بثلاثة اشهر فكذلك لانه لما تبين ان عدتها لم تكن بالاشهر
فلم يصح اقرارها بانقضا عدتها بالاشهر فالتحق اقرارها بالعدم
وجعل كانها لم تقر اصلا وان كانت اقرت به مطلقا في مدة ه
تصلح لثلاثة اقرا فان ولدت لاقل من ستة اشهر منذ اقرت
يثبت النسب والا فلا لانه لما بطل الياس تعذر حمل اقرارها على
الاقرار بالانقضا بالاشهر لبطلان الاعتداد بالاشهر فيحمل

على الاقرار بالانقضا بالاقرا حملا لكلام العاقلة المسلمة على الصحة
عند الامكان وان كانت صغيرة فجات بولد فلا امر لا يخلو امن ثلاثة
اوجه اما ان اقرت بانقضا العده بعد مضي ثلاثة اشهر واما ان
كانت لم تقر ولكن اقرت انها حامل في مدة العدة وهي الثلاثة
الاشهر واما ان سكتت وكل وجه على وجهين اما ان كان الطلاق
باينا او رجعيا فان كانت اقرت بانقضا العده عند مضي ثلاثة
اشهر واما ان كانت لم تقر ولكنها اقرت انها حامل في مدة العده
ثم جات بولد فان جات به لاقل من ستة اشهر منذ اقرت يثبت النسب
وان جات به لستة اشهر او اكثر لا يثبت لان اقرار الصغيرة بانقضا عدتها
مقبول في الظاهر لانها اعرف بعدتها من غيرها ولهذا لو اقرت بالبلوغ
يقبل اقرارها غير انها لما جات به لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار
فقد ظهر كذبها في اقرارها لانه تبين انها كانت معتده وقت
الاقرار فالتحق اقرارها بالعدم واذا جات به لستة اشهر فصاعدا
لم يظهر كذبها في اقرارها لجواز انها تزوجت بعد انقضا عدتها
وهذا الولد منه والطلاق البائن والرجعي في هذا الوجه سواء
وان لم تكن اقرت بانقضا العده ولكنها اقرت بالحمل في انقضا العدة
فان كان الطلاق باينا يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق
وان كان رجعيا يثبت الى سبعة وعشرين شهرا لانها اقرت
بالحمل في المدة فقد حكمنا ببلوغها فصار حكمها حكم البالغة فاذا
جات بولد يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق ان كان
الطلاق باينا لما مر انه يحكم بالعلوق قبل الطلاق وان جات به
لاكثر من سنتين لا يثبت لانه حمل على علوق حادث بعد الطلاق
وان كان الطلاق رجعيا يثبت النسب الى سنتين وثلاثة
اشهر لانه ظهر ان العلوق كان في العدة وعدتها ثلاثة اشهر
والمعتده من ثلاثة اشهر طلاق رجعي اذا علقت في العده يصير
الزوج مراجعا لها وان جات به لاكثر من سبعة وعشرين شهرا
لا يثبت النسب لانه تبين ان العلوق كان بعد مضي الثلاثة الاشهر
ولان الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين فلا يصير مراجعا لها
وان لم تقر بشي اختلف فيه قال ابو حنيفة رحمه الله ومحمد رحمهما الله
سكوتها كاقرارها بانقضا العده انها ان جات به لاقل من ستة
اشهر من وقت الطلاق يثبت النسب وان جات به لاكثر من سبعة
وعشرين شهرا لا يثبت النسب لانه تبين ان العلوق كان بعد مضي
الثلاثة الاشهر ولان الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين فلا يصير

لستة اشهر او لاكثر لا يثبت سوا كان الطلاق باينا او رجعيا وقال ابو يوسف
رحمه الله سكوتها كاقرارها بالحمل او ان دعوى الحمل انه ان كان الطلاق
باينا يثبت النسب الى سنتين وان كان رجعيا يثبت الى سبعة وعشرين
شهرا **وجه قوله** ان المراهقة يحتمل ان يكون عدتها بوضع الحمل لاحتمال انها
حبلت ولم تعلم بذلك فما لم تقر بانقضا عدتها لا يحكم بالانقضا كالمتوفي
عنها زوجها **وجه قولهما** ان عدة الصغيرة ذات جهة واحده وهي
ثلاثة اشهر على اعتبار الاصل اذ الاصل فيها عدم البلوغ فكان
انقضاوها بانقضا ثلاثة اشهر فصار مضي ثلاثة اشهر كاقرارها بانقضا
عدتها ولو اقرت بانقضا عدتها كان الجواب ما ذكرنا كذا هذا
بخلاف المتوفي عنها زوجها انه لا يحكم بانقضا عدتها بمضي الشهور
لان عدتها ذات جهتين يحتمل ان تكون بالشهور ويحتمل ان تكون بوضع
الحمل فما لم تقر بانقضا العده لا يحكم باحد الامرين **هذا** الذي
ذكرنا حكم المعتده عن طلاق وكل جواب عرفته في المعتده عن طلاق
فهو الجواب في المعتده عن غير طلاق من اسباب الفرقة **واما** المتوفي
عنها زوجها وهي مدخول بها او غير مدخول بها ان كانت من ذوات الاقرا
فجات بولد فان جات به ما بينها وبين سنتين ولم تكن اقرت بانقضا
العده يثبت نسب ولدها من الزوج عند اصحابنا الثلاثة **وقال**
زفر رحمه الله اذا لم تدع الحمل في مدة العده ثم جات به لعشرة اشهر
وعشرة ايام لا يثبت النسب **وجه قوله** ان عدة المتوفي عنها
زوجها بغير الاشهر عند عدم الحمل والاصل عدم الحمل فاذا مضت
الاربعة اشهر وعشر يحكم بانقضا عدتها فصار كانها اقرت بانقضا
عدتها ثم جات بولد بعد ذلك وهناك ان جات به لاقل من ستة
اشهر من وقت الاقرار يثبت النسب وان جات به لستة اشهر فصاعدا
لا يثبت كذا ههنا ولهذا كان الحكم في الصغيرة ما وصفنا كذا في
الكبيره **ولنا** ما ذكرنا ان عدة المتوفي عنها زوجها ذات جهتين
لجواز ان تكون حاملا فلا تنقضي عدتها بالاشهر فما لم تقر بانقضا
عدتها لا يحكم بالانقضا كالعدة من الطلاق وان جات به لاكثر
من سنتين لا يثبت لما مر في عدة الطلاق بخلاف الصغيرة فان عدتها
ذات جهة واحده لان الاصل فيها عدم الحبل لان المحل لا يحتمله
ولا يصير محلا بالبلوغ وفيه فيبقى حكم الاصل **فاما** عدة الكبيره
فذات جهتين لما قررنا من الاحتمال والتردد فلا يحكم بالانقضا
بالاشهر مع الاحتمال وان اقرت بانقضا عدتها ثم اتت بولد فان اتت
به لاقل من ستة اشهر منذ اقرت يثبت النسب وان جات به

لتمام ستة اشهر فهو على الاختلاف الذي ذكرنا في عدة الطلاق انه لا يثبت
النسب عندنا وعند الشافعي رحمه الله يثبت ما لم تتزوج وان كان من
ذوات الاشهر فان كانت آيسة او صغيرة فحكمها في الوفاة ما هو حكمها
في الطلاق وقد ذكرناه **هذا** الذي ذكرنا كله في عدة الطلاق ه
وغيره من الفرق وعدة الوفاة اذا جاءت المعتدة بولد قبل ان
تتزوج بزوج آخر ثم جاءت بولد فالامر لا يخلو من اربعة اوجه
اما ان جاءت به لاقل من سنتين مذ طلقها الاول او مات ولاقل
من ستة اشهر منذ تزوجها الثاني **واما** ان جاءت به لاكثر من سنتين
منذ طلقها الاول او مات ولستة اشهر فصاعدا منذ تزوجها الثاني
واما ان جاءت به لاقل من سنتين منذ طلقها او مات ولستة اشهر فصاعدا
منذ تزوجها الثاني فالولد للاول لانه لا يحتمل ان يكون من الثاني
اذ المراة لا تلد لاقل من ستة اشهر ويحتمل ان يكون من الاول لان الولد
يبقى في بطن امه الى سنتين وفي الحمل عليه حمل امرها على الصلاح
وانه واجب ما امكن وان جاءت به لاكثر من سنتين منذ طلقها الاول
او مات ولستة اشهر فصاعدا منذ تزوجها الثاني فهو للثاني لانه
لا يحتمل ان يكون من الاول اذ الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين
ويحتمل ان يكون من الثاني لوجود مدة صالحة للحمل وفيه صيانتها
عن الحرام فيكون للثاني وان جاءت به لاقل من سنتين منذ طلقها
الاول او مات ولستة اشهر فصاعدا منذ تزوجها الثاني ه
فهو للثاني والنكاح جائز لان اقدامها على التزوج دليل انقضاء
عدتها من الاول اذ الظاهر من حال المسلمة العاقلة ان لا تتزوج
وهي معتدة الغير فصح نكاح الثاني فكان مولودا على نكاح صحيح
فيثبت نسبه منه وان جاءت به لاكثر من سنتين منذ طلقها
الاول او مات ولاقل من ستة اشهر منذ تزوجها الثاني لم يكن ه
للاول ولا للثاني لان الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين
والمراة لا تلد لاقل من ستة اشهر وهل يجوز نكاح الثاني في
قول ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمهما الله جائز وعند ابي يوسف رحمه الله
فاسد لانه اذا لم يثبت النسب من الاول ولا من الثاني كان هذا ه
الحمل من الزنا فيكون بمنزلة رجل تزوج امراة وهي حامل من الزنا
وذلك على هذا الخلاف على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله جاز
نكاحها ولكن لا يقربها حتى تضع وعلى قول ابي يوسف رحمه الله ه
لا يجوز النكاح حتى تضع حملها هذا اذا كان لم يعلم وقت التزوج
انها تزوجت في عدتها فان علم ذلك ووقع النكاح الثاني فاسدا

فجاءت

فجاءت بولد فانه النسب يثبت من الاول ان امكن اثباته منه بان جاءت
به لاقل من سنتين منذ طلقها الاول او مات ولستة اشهر فصاعدا
منذ تزوجها الثاني لان النكاح الثاني فاسد وبها احالة النسب الى
الفراش الصحيح كان اولى وان لم يمكن اثباته منه وامكن اثباته من
الثاني فالنسب يثبت من الثاني فان جاءت به لاكثر من سنتين منذ
طلقها الاول او مات ولستة اشهر فصاعدا منذ تزوجها الثاني
لان النكاح الثاني وان كان فاسدا لكن لما تعذر اثبات النسب من
النكاح الصحيح فاثباته من النكاح الفاسد اولى من الحمل على الزنا
والله اعلم واذا نعي الى المراة زوجها فاعتدت وتزوجت وولدت
ثم جاء زوجها الاول فهي امراته لانها كانت منكوحته ولم يعترض ه
بشيء من اسباب الفرقة فبقيت على النكاح السابق ولكن لا يقربها
حتى تنقضي عدتها **واما** الولد فقد اختلف فيه قال اصحابنا ابو حنيفة
رحمه الله هو للاول وقال ابو يوسف رحمه الله ان كانت ولدته لاقل
من ستة اشهر من حين وطئها الثاني فهو للاول وان كانت ولدته لستة
اشهر او لاكثر فهو للثاني وقال محمد رحمه الله ان كانت ولدته لسنتين
من حين وطئها الثاني فهو للاول وان كانت ولدته لاكثر من سنتين
فهو للثاني **وجه قول محمد** رحمه الله انها اذا كانت ولدته لسنتين
من حين وطئها الثاني امكن حمله على الفراش الصحيح لان الولد يبقى
في البطن الى سنتين فيحمل عليه واذا كانت ولدته لاكثر من سنتين
لم يمكن حمله على الفراش الصحيح لان الولد يبقى في البطن الى سنتين
فيحمل عليه واذا كانت ولدته لاكثر من سنتين لم يمكن حمله على الفراش
الصحيح لان الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين فيحمل على الفراش
الفاسد ضرورة **وجه قول ابي يوسف** رحمه الله انها اذا ولدت
لاقل من ستة اشهر من حين وطئها الثاني تيقنا انه ليس من الثاني
لان المراة لا تلد لاقل من ستة اشهر وامكن حمله على الفراش فيحمل
عليه **واما** اذا ولدت لستة اشهر او اكثر فالظاهر انه من الثاني
وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان الفراش الصحيح للاول فيكون له
الولد للاول لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش ومطلق
الفراش ينصرف الى الصحيح والله الموفق للصواب **واما** الفراش
الثاني وهو بيان ما يثبت به نسب ولد المعتدة اي يظهر به فجملة
الكلام فيه ان المراة اذا ادعت انها ولدت هذا الولد لستة اشهر
فان صدقها الزوج فقد ثبت ولادتها سواء كانت منكوحة او معتدة
وان كذبها بان كانت منكوحة يثبت ولادتها بشهادة امراة واحدة ه

ثقة عند اصحابنا ويثبت نسبه منه حتى لو نفاه يلاعن وقال الشافعي رحمه
الله لا يثبت الا بشهادة اربع نسوة ثقات **وجه قوله** ان هذا نوع شهادة
فلا بد من اعتبار العدد فيه كسائر انواع الشهادات فيقام كل اثنتين
منهن مقام رجل فاذا كن اربعا يقمن مقام رجلين فيكمل العدد به
ولنا ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اجاز شهادة القابلة
في الولادة فدل على جواز شهادتها في الولادة من غير اعتبار العدد فيه
ولان الاصل فيما يقبل فيه قول النسا بانفرادهن ان لا يشترط فيه
العدد مبنى على هذا اصول الشرع كما في رواية الاخبار والاخبار
عن طهارة ونجاسته وعن الوكالة وغير ذلك من الديانات
والمعاملات **وقد** خرج الجواب عما قاله المخالف ان العدد شرط لان
العدد انما لا يشترط فيما لا يقبل فيه شهادة النسا بانفرادهن وههنا
يقبل فلا يشترط العدد منهن ولو نفى الولد يلاعن لانه يثبت نسب الولد
بالنكاح لا بشهادة القابلة وانما الثابت بشهادة الولادة فقط وتعين
الولد الذي ولدته هذا الجواز انها ولدت ميتا او حيا ثم مات فاذا
نفى الولد فقد صار قاذفا لامه بالزنا وقذف الزوجة يوجب اللعان
وكذا اذا قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت امراة
على الولادة تثبت الولادة وتصير الجارية ام ولد لان النسب
يثبت بفراش الملك عند الدعوة وقوله ان كان في بطنك ولد
فهو مني دعوى النسب والحاجة بعد ذلك الى الولادة وتعيين
الولد وذلك يثبت بشهادة القابلة واذا ثبت النسب صارت
الجارية ام ولد له ضرورة لان امومية الولد من ضروريات
ثبوت النسب ولو قال لامراته اذا ولدت فانت طالق فقالت
ولدت وانكر الزوج الولادة فشهدت قابلة بالولادة يثبت
النسب بالاجماع وان لم يكن الزوج اقر بالحبل ولا كان الحبل
ظاهرا وهل يقع الطلاق قال ابو حنيفة رحمه الله لا يقع
ما لم يشهد على الولادة رجلان او رجل وامراتان وقال ابو
يوسف ومحمد رحمهما الله يقع بشهادة القابلة اذا كانت عدلة
وجه قولهما ان الولادة قد ثبتت بشهادة القابلة بالاجماع وقد
ولهذا ثبت النسب ومن ضرورة ثبوت الولادة وقوع الطلاق
لانه معلق بها **وجه قول ابي حنيفة** رحمه الله ان شهادة القابلة
حجة ضرورية لانها شهادة فرد ثم مؤنثة فيظهر فيما فيه ضرورة
وفيما هو من ضرورات تلك الضرورة والضرورة في الولادة
فيظهر فيما فيه ضرورة وما هو من ضرورات تلك الضرورة

والضرورة في الولادة فيظهر فيها فتثبت الولادة لضرورة الولادة
بدون الطلاق في الجملة فلا ضرورة الى اثبات الولادة في حق وقوع
الطلاق فلا يثبت في حقه والنسب ما ثبت بالشهادة وانما ثبت بالفراش
لقيام النكاح وانما الثابت بالشهادة الولادة وتعيين الولد ووقوع
الطلاق ليس من ضرورات الولادة ولا من ضرورات ثبوت
النسب ايضا فلم يكن من ضرورة الولادة وثبوت النسب وقوع
الطلاق وان كان الزوج قد اقر بالحبل او كان الحبل ظاهرا
يقع الطلاق بمجرد قولها وان لم تشهد القابلة **وعندهما**
لا يقع الا بشهادة القابلة **وجه قولهما** ان المراة تدعي وقوع
الطلاق والاصل ان المدعي لا يعطى له شيئا بمجرد الدعوى
لان دعوى المدعي عارضها انكار المنكر وقد قال صلى الله عليه وسلم
لو اعطي الناس بدعواهم الحديث الا فيما لا يوقف عليه من جهة غيره
فيجعل القول فيه قوله للضرورة كما في الحيض والولادة امر يمكن
الوقوف عليها من جهة غيرها فلا يقبل قولها فيه ولهذا لم يثبت
النسب بقولها بدون شهادة القابلة كذا وقوع الطلاق
لانها تدعي وهو ينكر والقول قول المنكر حتى يقيم المدعي الحجة
وجه قول ابي حنيفة رحمه الله انه قد ثبت الحبل وهو كون الولد
في البطن باقرار الزوج بالحبل او بكون الحبل ظاهرا وانه يفضي
الى الولادة لا محالة لان الحمل يوضع لا محالة فكانت الولادة
امرا كائنا فيقبل فيه قولها كما في دم الحيض حتى لو قال لامراته
اذا حضت فانت طالق فقالت حضت يقع الطلاق كذا ههنا
الا انه لم يقبل قولها في حق اثبات النسب بدون شهادة القابلة
لانها متهمة في تعيين الولد فلا يصدق على التعيين في حق اثبات
النسب ولا تهمة في التعيين في حق وقوع الطلاق فيصدق فيه
من غير شهادة القابلة ونظيره ما اذا قال لامراته اذا
حضت فانت طالق وامراتي الاخرى فلانة معك فقالت حضت
وكذبها الزوج تطلق هي ولا تطلق ضرتها ويثبت حيضها
في حقها ولا يثبت في حق ضرتها الا بتصديق الزوج لكونها
متهمة في حق ضرتها وانتفاء التهمة في حق نفسها كذا ههنا والله اعلم
وان كانت معتدة من طلاق بائن او من وفاة فجاءت بولد
الى سنتين فانكر الزوج الولادة او ورثته بعد وفاته وادعت
هي وان لم يكن الزوج اقر بالحبل ولا كان الحبل ظاهرا لا يثبت النسب
الا بشهادة رجلين او رجل وامراتين على الولادة في قول ابي حنيفة

رحمه الله وعندهما يثبت بشهادة القابلة **وجه قولهما** ان النكاح بعد
الطلاق البائن والوفاة باق في حق الفراش فلا حاجة الى ما يثبت به
النسب كما في حال قيام النكاح وانما الحاجة الى الولادة وتعيين الولد
وذلك يثبت بشهادة القابلة كما في حال قيام النكاح **وجه قول ابي حنيفة**
رحمه الله ان الفراش لا يبقى بعد الوفاة لانقطاع النكاح بجميع علائقه
بانقضا العدة بالولادة وتصير اجنبية فكان انقضا بالولادة
بشهادة القابلة قضا بثبوت النسب لولد الاجنبية بشهادة النسا
ولا يجوز ذلك فلا يثبت الا بشهادة رجلين او رجل وامراتين
وان كان الزوج قد اقر بالحبل او كان الحبل فالقول قولها
في الولادة وان لم تشهد لها قابلة في قول ابي حنيفة رحمه الله
وعندهما لا يثبت الولادة بدون شهادة القابلة والكلام في
الطرفين على النحو الذي ذكرنا وان كانت معتدة من طلاق
رجعي فكذلك ذكره في كتاب الدعوى وسوا بين الرجعي والباين
لانها بعد انقضا العدة اجنبية في الفصلين جميعا فلا يصدق
على الولادة الا بشهادة رجلين او رجل وامراتين عند ابي حنيفة
رحمه الله اذا لم يكن الزوج مقرا بالحبل ولا كان الحبل ظاهرا
وان كان اقر بالحبل او كان الحبل ظاهرا فهو على الاختلاف الذي
ذكرنا ولو مات الزوج فاتت امراته بولد بعد وفاته ما بينها
وبين سنتين ولم يشهد على الولادة احد لا القابلة ولا غيرها
ولكن صدقها الورثة في انها ولدته ذكر في الجامع الصغير انه
لم يثبت نسبه بقولهم وذكر في كتاب الدعوى ان نسب الولد
يثبت ان كان ورثته اثنين او ابنا وبنتين واختلاف العلما
العبارتين ترجع الى ان ثبوت نسبه بتصديقهم من طريق الشهادة
او من طريق الاقرار فما ذكر في كتاب الدعوى يدل على انه من
طريق الشهادة حيث شرط ان تكون الورثة ابنين او ابنا وبنتين
وما ذكر في الجامع يدل على انه من طريق الاقرار لانه قال
فصدقها الورثة والشهادة لا تسمى تصديقا في العرف وكذا الحاجة
الى الشهادة عند المنازعة ههنا ومن هذا انشا الاختلاف
بين مشايخنا فاعتبر بعضهم التصديق منه شهادة وبعضهم
اقرارا فمن اعتبره شهادة قال لا يثبت نسبه الا اذا كان
الورثة رجلين او رجل وامراتين ويشترط لفظة الشهادة
ومجلس الحكم وان صدقها البعض وجحد البعض فان صدقها
رجلان منهم او رجل وامراتان يشارك الولد المقرين منهم والمنكرين

جميعا

جميعا في الميراث لان الشهادة حجة مطلقة فكانت حجة على الكل فيظهر
نسبه في حق الكل ومن اعتبره اقرارا قال يثبت نسبه اذا صدقها
جميع الورثة سوا كانوا ذكورا او اناثا ولا يراعى لفظ الشهادة
ومجلس الحكم واذا صدقها بعض الورثة وجحد الباقون يثبت نسبه
في حقهم ويشاركهم في نصيبهم من الميراث ولا يثبت في حق غيرهم لان
اقرارهم حجة في حقهم لا في حق غيرهم **ومن** هذا ايضا نشا الخلاف
فيما اذا كان الوارث واحدا فصدقها في الولادة فقال الكرخي ان
نسبه يثبت باقراره في قولهم وذكر الطحاوي فيه الاختلاف فقال
لا يثبت نسبه في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما وفي قول ابي يوسف رحمه الله
يثبت كانهما اعتبرا قوله شهادة وشهادة الفرد لا تقبل واعتبره
ابو يوسف اقرارا واقرار الفرد مقبول هذا اذا صدقها الورثة
او بعضهم فاما اذا لم يصدقها احد منهم فهو على الاختلاف
والتفصيل ان الزوج ان لم يكن اقر بالحبل ولا كان الحبل ظاهرا
لا يثبت نسبه الا بشهادة رجلين او رجل وامراتين على الولادة
وعندهما يثبت بشهادة القابلة وان كان الزوج اقر بالحبل
او كان الحبل ظاهرا يثبت بالولادة بمجرد قولها ولدت عند ابي
حنيفة رحمه الله وعندهما لا يثبت من غير شهادة القابلة وقد
مر الكلام في ذلك كله فيما تقدم والله الموفق **رجل** قال الغلام
هذا ابني ثم مات فجاءت ام الغلام فقالت انا امراته لا شك ان
الغلام يرثه لانه ثبت نسبه منه باقراره وقد ترثه هذه المراة
استحسانا والقياس ان لا يكون لها الميراث **وجه القياس**
انه يحتمل ان يكون ام الغلام حرة ويحتمل ان يكون امة ولو كانت
حرة فيحتمل ان تكون هذه المراة ويحتمل ان يكون غيرها ولو كانت
هذه المراة فيحتمل ان يكون وطئها بنكاح صحيح ويحتمل بنكاح فاسد
وبشبهة النكاح فيقع الشك في الارث فلا يرث بالشك
وجه الاستحسان ان سبب استحقاق الارث في حقها ثبت
باقراره بنسب الولد وهو النكاح الصحيح لان المسئلة
مفروضة في امراة معروفة بالحرية وبالامومية لهذا الولد
فاذا اقر بنسب الولد انه منه والنسب لا يثبت الا بالفراش
والاصل في الفراش هو النكاح الصحيح فكان دعوى نسب
الورثة اقرارا منه انه من النكاح الصحيح فاذا صدقته يثبت
النكاح ظاهرا فترثه لان العمل بالظاهر واجب فاما اذا لم تكن
معروفة بذلك وانكرت الورثة كونها حرة او اما له فلا ميراث لها

مطلب

لان الامر يبقى محتملا فلا يرث بالشك والاحتمال ومما يتصل بحال قيام العدة
عن طلاق من الاحكام **فمنها الارث** عند الموت **وجملة الكلام فيه** ان المعتدة
لا يخلو اما ان كانت من طلاق رجعي واما ان كانت من طلاق باين او
ثلاث والحال لا يخلو اما ان كانت حال الصحة واما ان كانت حال المرض
فان كانت العدة من طلاق رجعي فمات احد الزوجين قبل انقضا العده
ورثه الاخر بلا خلاف سوا كان الطلاق في حال الصحة او في حال
المرض لان الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح وكانت الزوجية بعد
الطلاق قبل انقضا العدة قايمة من كل وجه والنكاح القايم من كل
وجه سبب لاستحقاق الارث من الجانبين كما لو مات احدهما قبل
الطلاق وسوا كان الطلاق برضاها او بغير رضاها لان ما
رضيت به ليس بسبب لبطلان النكاح حتى يكون رضا ببطلان
حقها في الميراث وسوا كانت المراة حرة مسلمة وقت الطلاق او
مملوكة او كتابية ثم اعتقت او اسلمت في العده لان النكاح بعد
الطلاق قايم من كل وجه ما دامت العده قايمة وانه سبب
لاستحقاق الارث وان كانت من طلاق باين او ثلاث فان كان
ذلك في حال الصحه فمات احدهما لم يرثه صاحبه سوا كان
الطلاق برضاها او بغير رضاها وان كان في حال المرض
فان كان برضاها لا ترث بالاجماع وان كان بغير رضاها فانها
ترث من زوجها عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا ترث ومعرفة
هذه المسئلة مبنية على معرفة سبب استحقاق الارث وشرط
الاستحقاق ووقته **اما السبب** فنقول لا خلاف في ان استحقاق
الارث في حقنا النكاح فان الله تعالى ادار الارث فيما بين
الزوجين على الزوجية بقوله تعالى ولكم نصف ما ترك ازواجكم
الى اخرها ذكر من ميراث الزوجين ولان اسباب الارث في الشرع
ثلاثة لا رابع لها القرابه والولاء والزوجيه **واختلف**
في الوقت الذي يصير النكاح سببا لاستحقاق الارث **فعند** الشافعي
رحمه الله هو وقت الموت فان كان النكاح قايما عند الموت يثبت
الارث والا فلا **واختلف** مشايخنا قال بعضهم هو وقت مرض الموت
والنكاح كان قايما من كل وجه في اول مرض الموت ولا يحتاج
الى ابقايه من وجه الى وقت الموت ليصير سببا وتفسير الاستحقاق
عندهم هو ثبوت الملك من كل وجه للوارث من اول المرض عند وجود
شرايطه بطريق الظهور وقال بعضهم يعتبر قيام النكاح من وجه
الى وقت الموت ليصير سببا وتفسير الاستحقاق عندهم هو ثبوت

الملك

الملك من وجه للوارث من وقت المرض بطريق الظهور ومن وجه وقت
الموت مقصورا عليه وهما طريق الاستناد وهما طريقا مشايخنا
المتقدمين وقال بعضهم وهو طريق المتاخرين منهم ان النكاح القايم
وقت مرض الموت سبب لاستحقاق الارث وهو ثبوت حق الارث
من غير ثبوت الملك للوارث للحال اصلا لا من كل وجه ولا من وجه
وجه قول الشافعي رحمه الله ان الارث لا يثبت الا عند الموت
لان المال قبل الموت ملك المورث بدليل نفاذ تصرفاته فلا بد من
وجود السبب عند الموت ولا سبب ههنا الا النكاح وقد زال بالابانه
والثلاث فلا يثبت الارث ولهذا لا يثبت بعد انقضا العده
ولا يرث الزوج منها بلا خلاف ولو كان النكاح قايما في حق الارث
لورث لان الزوجيه لا تتقوم باحد الطرفين فدل انها زايلة
ولنا اجماع الصحابه والمعقول **اما الاجماع** فانه روي عن
ابن سيرين انهم كانوا يقولون ولا يختلفون من فر من كتاب الله
رد اليه اي من طلق امراته في مرضه ثلثا فانها ترثه ما دامت
في العدة وهذا منه حكاية عن اجماع الصحابه ومثله لا يكذب
وهكذا روي توريث امراة الفار عن جماعة من الصحابه من غير
نكير مثل عمر وعثمان وعلي وعايشه وابي بن كعب رضي الله عنهم
فانه روي عن ابراهيم النخعي انه قال جا عروة البارقي الى شريح
بخمس خصال من عند عمر بن الخطاب رضي الله عنه **منها** ان
الرجل اذا طلق امراته وهو مريض ثلاثا ورثته منه ما دامت
في عدتها **وروي** عن الشعبي انه قال ان ام البنين بنت عيينه
بن حصن كانت تحت عثمان فلما حضر طلقها وقد كان ارسل اليها
يشتري ثمنها فلما قتل اتت عليا رضي الله عنه فذكرت له ذلك
فقال علي تركها حتى اذا اشرف على الموت طلقها فورثها **وروى**
ان عبد الرحمن بن عوف طلق امراته تماضر الكلبيه في مرضه
اخر تطليقاتها الثلاث وكانت تحته ام كلثوم بنت عقبة اخت عثمان
فورثها عثمان **وروى** انه قال ما اتهمه ولكني اريد ان يكون سنه
وروي هشام عن عروة عن ابيه عن عايشه رضي الله عنها انها
قالت ان المطلقه ثلاثا وهو مريض ترثه ما دامت في العده
وعن ابي بن كعب انه قال ترث ما لم تزوج **فان قيل** ان ابن الزبير
مخالف فانه روي انه قال في قصة تماضر ورثها عثمان بن
عفان ولو كنت انا لما ورثتها فكيف ينعقد الاجماع مع مخالفته
فالجواب ان الخلاف لا يثبت بقوله هذا لانه محتمل يحتمل ان يكون

معنى قوله لو كنت انا لما ورثتها اي عندي انها لا ترث ويحتمل ان يكون معناه
اي ظهر له من الاجتهاد الصواب ما لو كنت مكانه لكان لا يظهر لي فكان
ذلك تصويبا له في اجتهاده وان الحق في اجتهاده فلا يثبت الخلاف مع الاحتمال
بل حمله على الصحة الذي فيه تحقيق الموافقة اولى ويحتمل انها كانت
سالت الطلاق فراي عثمان توريثها مع سوالها الطلاق فرجع قوله لو
كنت انا لما ورثتها الى سوالها الطلاق فلما ورثها عثمان مع مسئلتها
الطلاق فعند عدم السوال اولى على انه روي ان ابن الزبير انما قال
ذلك في ولايته وقد كان انعقد الاجماع منهم على التوريث بخلافه
بعد وقوع الطلاق الاتفاق منهم لا يقدح في الاجماع لان انقراض
العصر ليس بشرط لصحة الاجماع على ما عرف في اصول الفقه **واما
المعقول** فهو ان سبب استحقاق الارث وجد مع شرايط الاستحقاق
فيستحق كما اذا طلقها طلاقا رجعيا ولا كلام في سبب الاستحقاق
وشرايطه وانما الكلام في وقت الاستحقاق **فنقول** وقت الاستحقاق
هو مرض الموت اما على التفسير الاول والثاني وهو ثبوت الملك
من كل وجه او من وجه **فالدليل** عليه النص واجماع الصحابة
ودلالة الاجماع والمعقول **اما النص** فما روي عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم انه قال ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم
زيادة على اعمالكم اخبر عن ملكه منة الله تعالى على عباده انه استبقى
لهم الملك في ثلث اموالهم ليكون وسيلة الى الزيادة في اعمالهم
بالصرف الى وجوه الخير لان مثل هذا الكلام خرج مخرج الاخبار عن
المنة واخر اعمارهم مرض الموت فيدل على زوال ملكه عن الثلثين
اذ لو لم يزل لم يكن ليمن عليهم بالتصدق بالثلث بل بالثلثين اذ
الحكم في موضع بيان المنة لا يترك على المتيقن ويذكر الادنى واذا
زال ملكه عن الثلثين يزول الى ورثته لانهم اقرب الناس اليه
فرضي بالزوال اليهم معنى لرجوع معنى الملك اليه بالدعا والصدقة
وانواع الخير بخلاف الاجانب **واما اجماع الصحابة** فانه روي
عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه انه قال لعايشة اني كنت نحلتك
جداد عشرين وسقا من مالي بالعالية وانك لم تكوني حزتيه
ولا قبضتيه وانما هو اليوم من مال الوارث ولم تدع عايشة ولا
انكر عليه احد وكان ذلك بمحضر من الصحابة فيكون اجماعا منهم
على ان مال المريض في مرض موته يصير ملك الوارث من كل وجه
او من وجه **واما دلالة الاجماع** فهي انه لا ينفذ تبرعه فيما زاد
على الثلث في حق الاجانب وفي حق الورثة لا ينفذ بشي اصلا وراسا

حتى

حتى كان للورثة ان ياخذوا الموهوب من يد الموهوب له من غير رضاه
اذا لم يدفع القيمة ولو نفذ لما كان لهم الاخذ من غير رضاه فدل
عدم النفاذ على زوال الملك واذا زال يزول الى الورثة لما بينا
واما المعقول فهو ان المال الفاضل عن حاجة الميت يصرف الى الورثة
بلا خلاف والكلام فيما اذا فضل ووقع من وقت المرض الفراغ عن
حوايج الميت فهذه الدلايل تدل على ثبوت الملك من كل وجه للوارث
في المال الفاضل عن حوايج المالك فيدل على ثبوت الملك من وجه
لا محالة **واما على التفسير الثالث** وهو ثبوت حق الارث من غير
ثبوت الملك راسا فقد دلالة الاجماع والمعقول **اما دلالة الاجماع**
فهي ان ينقض تبرعه بعد الموت ولولا تعلق حق الوارث بماله في
مرض موته لكان التبرع تصرفا من الاهل في محل مملوك له لا حق
للغير فيه فينبغي ان لا ينقض فدل حق النقض على تعلق الحق
واما المعقول فهو ان النكاح حال مرض الموت صار وسيلة
الى الارث عند الموت ووسيلة حق الانسان حقه لانه ينتفع به
والطلاق البائن والثلاث ابطال لهذه الوسيلة فيكون ابطالا
لحقها وذلك اضرار بها فيرد عليه ويلحق بالعدم في حق ابطال
الارث في الحال عملا بقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا
اضرار في الاسلام فلم يعمل الطلاق في الحال في ابطال سببية النكاح
لاستحقاق الارث وكونه وسيلة اليه دفعا للضرر عنها وتاخير
عمله فيه الى ما بعد انقضا العدة وكذلك اذا ابانها بغير طلاق
بخيار البلوغ بان اختار نفسه وتقبيل امها او بنتها وردته
ان كان ذلك في الصحة لا ترث منه ولا منها بالاجماع
كما لو ابانها بالطلاق لانعدام سبب الاستحقاق في وقت الاستحقاق
وهو مرض الموت الا في الردة بان ارتد الزوج في حال صحته ثم مات
على الردة او قتل او لحق بدار الحرب وهي في العدة فانها ترث منه
لان الردة من الزوج في معنى مرض موته لما نذكر وان كانت هذه
الاسباب منه في حالة المرض فهو على الاختلاف الذي ذكرنا
في الطلاق انها ترث منه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله
ولا يرث هو منها بالاجماع ولو جامعها ابنه مكرهة فلم يوجد
من الزوج ابطال حقها المتعلق بالارث لوقوع الفرقة بفعل
غيره وان كانت البينونة من قبل المراة كما اذا قبلت ابن زوجها
او اباه بشهوة طايعة او مكرهة او اختارت نفسها في خيار
الادراك او العتاق او عدم الكفاءة فان كان ذلك في حال الصحة

فانها لا يتوارثان بالاجماع كما اذا كانت البينونة من قبل الزوج وكذا اذا
ارتدت بخلاف ردة الزوج في حال صحته **ووجه الفرق** ان ردة الزوج
في معنى مرض موته لانها تفضي الى الموت الا ان احتمال الصحة باحتمال
الاسلام قائم فاذا قتل على الردة او مات عليها فقد زال الاحتمال
وكذا اذا لحق بدار الحرب لان الظاهر انه لا يعود فتقرر المرض فتبين
ان سبب الاستحقاق كان ثابتا وقت الاستحقاق وهو مرض الموت
وان سبب الفرقة وجد منه في مرض الموت فيرث منه كما لو كان
مريضا حقيقة **فاما** ردتها فليست في معنى مرض موتها فيقال
ينبغي ان لا يرث الزوج منها وان كانت هي ترث منه لانها لا تفضي
الى الموت لا تقتل عندنا فلم يكن النكاح القائم حال ردتها سببا
لاستحقاق الارث في حقه لانعدام وقت الاستحقاق وهو مرض
الموت لذلك افترقا والله اعلم وان كان في حال المرض فان كان
في مرض الزوج لا ترث منه وان كانت في العدة لعدم شرط
الارث وهو رضاها بسبب الفرقة ولحصول الفرقة بفعل غير
الزوج ويرث الزوج منها ان كان سبب الفرقة منها في مرضها
وماتت قبل انقضاء عدتها لوجود سبب الاستحقاق في حقه وهو
النكاح في وقت الاستحقاق وهو مرض موتها ولوجود سبب
حقه منها في حال المرض والقياس فيما اذا ارتدت في مرضها
ثم ماتت في العدة ان لا يرثها زوجها وانما ورثها استحسانا
وجه القياس ان الفرقة لم تقع بفعلها لان فعلها الردة
والفرقة لا تقع بها وانما تقع باختلاف الدينين ولا صنع لها
في ذلك فلم يوجد منها في مرضها ابطال حق الزوج ليرد عليها
فلا يرث منها **وجه الاستحسان** ما ذكرنا ولسنا نسلم ان
الفرقة لم تقع بفعلها فان الردة من اسباب الفرقة وقد حصلت
منها في حال تعلق حقه بالارث وهو مرض موتها فيرث منها
والله اعلم **واما** شرائط الاستحقاق فنوعان **نوع** يعم اسباب
الارث كلها **ونوع** يخص النكاح اما الذي يعم الاسباب كلها
فمنها شرائط الاهلية وهي ان لا يكون الوارث مملوكا ولا مرتدا
ولا قاتلا فلا يرث المملوك ولا المرتد من احد ولا يرث القاتل من المقتول
ودلائل هذه الجملة تذكر في كتاب الفرائض ان شاء الله تعالى
ويعتبر وجود الاهلية ههنا وقت الطلاق ودوامها الى وقت
الموت حتى لو كانت مملوكة او كتابية وقت الطلاق لا ترث وان
اعتقت او اسلمت في العدة لان السبب لا ينعقد مفيدا للحكم ابتداء ولن

شرطه

شرطه فاذا لم يكن وقت صيرورة النكاح سببا للاستحقاق وهو مرض الموت
من اهل الميراث لم ينعقد سببا فلا يعتبر حدوث الاهلية بعد ذلك
ولو كانت مسلمة وقت الطلاق ثم ارتدت ثم اسلمت فلا ميراث لها وان
كانت من اهل الميراث وقت الطلاق **اما** على طريق الاستناد فلان الحكم
من وجه يثبت عند الموت فلا بد من قيام السبب من وجه عنده ليثبت
ثم يستند وقد بطل السبب بالردة راسا فتعذر الاستناد
وكذا من يقول بثبوت الحق في المرض دون الملك يعتبر قيام النكاح
في حق الارث عند الموت ولم يبق لبطلانه بالردة **و**اما على طريق
الظهور المحض فيشكل تخريج هذه المسألة لانه تبين ان الملك من كل
وجه كان ثابتا للوارث وقت المرض والنكاح كان قائما من كل وجه
في ذلك الوقت والاهلية كانت موجودة ومتى السبب ليس بشرط
لبقاء الحكم وكذا الاهلية شرط الثبوت لا شرط البقاء وهذا
بخلاف ما اذا طلقها في مرضه ثم قبلت ابن زوجها او اباه بشهوة
في عدتها ترث لانها بالتقبيل لم تخرج عن اهلية الارث بخلاف
الردة فانها مبطلة للاهلية **ومنها** شرط المحلية وهي ان يكون
المتروك مالا فاضلا فارغا عن حوائج الميت حاجة اصلية فلا يثبت
الارث في المال المشغول بحاجته الاصلية **ومنها** اتحاد الدار لما
نذكر في كتاب الفرائض ان شاء الله تعالى **واما** الذي يخص النكاح فشرائط
احدها قيام العدة حتى لو مات الزوج بعد انقضاء العدة لا ترث
وهذا قول عامة العلماء وقال ابن ابي ليلى هذا ليس بشرط وترث
بعد انقضاء عدتها ما لم تتزوج **والصحيح** قول العامة لان حرمان
الارث بعد الابانة والثلاث ثبت بخلاف القياس باجماع الصحابة
رضي الله عنهم وهم شرطوا قيام العدة على ما روينا عنهم فصار شرطا
بالاجماع غير معقول فنتبع معقد الاجماع ولان العدة اذا كانت
قائمة كان بعض احكام النكاح قائما من وجوب النفقة والسكنى
والفراش وغير ذلك فامكن ابقاؤه في حق حكم الارث فالتورية
يكون موافقا للاصول واذا انقضت العدة لم يبق شيء من علائق
النكاح فكان القول بالتورية نصب شرع بالراي وهذا لا يجوز
وقالوا فيمن طلق زوجته في مرضه ودام المرض اكثر من سنتين
فجاءت بولد بعد موته بشهر انه لا ميراث لها في قول ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لها الميراث بناء على
انقضاء عدتها بالاقرار او بوضع الحمل عندهما بالاقراء وعنده بوضع
الحمل **وجه قول ابي يوسف** رحمه الله ان الحمل حادث لان الولد

لا يبقى في البطن اكثر من سنتين فيحمل على انها وطيت بشبهة فلا يحكم بانقضاء عدتها
الا بوضع الحمل فلم تكن منقضية العدة عند موت الزوج فترث وهما يقولان
لا شك ان الولد حصل بوطي حادث بعد الطلاق فلا يخلو اما ان يحمل على ان
الزوج وطيها او غيره لا سبيل للاول لان وطيه اياها حرام والظاهر من
حاله ان لا يرتكب الحرام ولا وجه للثاني لان غير الزوج اما ان وطيها بنكاح
او بشبهة والوطي بشبهة حرام ايضا فتعين حمل امرها على النكاح الصحيح
وهو ان عدتها انقضت قبل الوضع لستة اشهر ثم تزوجها فكانت عدتها
منقضية قبل موت الزوج فلا ترث ولهذا قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما
الله انها ترد نفقة ستة اشهر وقال ابو يوسف رحمه الله لا ترد والله اعلم
والثاني عدم الرضا منها بسبب الفرقة وشرطها فان رضيت بذلك
لا ترث لانها رضيت ببطلان حقها والمورث ثبت حقا لها لصيانة حقها
فاذا رضيت باسقاط حقها فاذا رضيت باسقاط حقها لم تبق مستحقة
للنظر **وعلى هذا** يخرج ما اذا قال لها في مرضه امرك بيدك او قال
اختاري فاختارت نفسها او قال لها طلقي نفسك ثلاثا ففعلت
او قالت لزوجها طلقني ثلاثا ففعل او اختلعت من زوجها ثم مات الزوج
وهي في العدة انها لا ترثه لانها رضيت بسبب البطلان او اشرطه
اما اذا اختارت نفسها فلا شك فيه لانها باشرت سبب البطلان
بنفسها وكذا اذا امرها بالطلاق فطلقت وكذا اذا سألته الطلاق
فطلقها لانها رضيت بمباشرة السبب من الزوج وفي الخلع باشرت
الشرط بنفسها وكل ذلك دليل الرضا ولو قالت لزوجها طلقني
الرجعة فطلقها ثلاثا ورثت لان ما رضيت به وهو الطلاق
الرجعي ليس بسبب لبطلان الارث وما هو سبب البطلان وهو
ما اتى به الزوج ما رضيت به فترث **وعلى هذا** يخرج ما اذا علق
طلاق امراته في مرضه او صحته بشرط وكان الشرط في
المرض **و**جملة الكلام فيه ان الامر لا يخلو اما ان كان التعليق
ووجود الشرط جميعا في الصحة **واما** ان كانا جميعا في المرض **واما**
ان كان احدهما في الصحة والاخر في المرض ولا يخلو اما ان علق بفعل نفسه
او بفعلها او بفعل اجنبي او بامر سماوي فان كان التعليق ووجود الشرط
جميعا في الصحة لا شك انها لا ترث اي شي كان المعلق به لانعدام سبب
الاستحقاق الارث في وقت الاستحقاق وهو وقت مرض الموت
وان كانا جميعا في المرض فانها ترث اي شي كان المعلق به لوجود
سبب الاستحقاق في وقته وانعدام الرضا منها ببطلان حقها الا
اذا كان التعليق بفعلها الذي لها منه بد فانها لا ترث لوجود الرضا

منها بالشرط لانها فعلت عن اختيار ولو اجل العنين وهو مريض
ومضى الاجل وهو مريض فخيرت المراة فاختارت نفسها فلا ميراث
لها لان الفرقة وقعت باختيارها لانها تقدر ان تصبر عليه فاذا لم
تصبر واختارت نفسها فقد باشرت سبب بطلان حقها باختيارها
ورضاها فلا ترث ولو آلى منها وهو مريض وبانت بالايلاء وهو
مريض ورثت ما دامت في العدة لوجود سبب الاستحقاق في
وقته وشرايطه ولو كان صحيحا وقت الايلاء وانقضت مدة الايلاء
وهو مريض لم ترث لعدم سبب الاستحقاق لانه باشر الطلاق
في الصحة ولم يصنع في المرض شيا ولو قذف امراته في المرض
ولاعنها في المرض ورثت في قولهم جميعا لان سبب الفرقة في وقت
تعلق حقها بالارث ولم يوجد منها دليل الرضا ببطلان حقها لكونها
مضطرة في المطالبة باللعان لدفع الشين عن نفسها والزوج هو
الذي اضطرها بقذفه فيضاف فعلها اليه كانه اكرهها عليه
وان كان القذف في الصحة واللعان في المرض ورثت في قول
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله لا ترث
وجه قوله ان سبب الفرقة وجد من الزوج في حال لم يتعلق
حقها بالارث وهو حال الصحة والمراة مختارة في اللعان فلا
يضاف الى الزوج **وجه قولهما** ان فعل المراة يضاف الى الزوج
لانها مضطرة في المطالبة باللعان لاضطرارها الى دفع العار
عن نفسها والزوج هو الذي الجاها الى هذا فيضاف فعلها
اليه كانه اوقع الفرقة في المرض والله الموفق وان كان احدهما
في الصحة والاخر في المرض فان كان التعليق في الصحة والشرط
في المرض فان كان التعليق بامر سماوي بان قال لها اذا جاء
راس الشهر فانت طالق ثلاثا فجا وهو مريض ثم مات وهي
في العدة لا ترث في قول اصحابنا الثلاثة وعند زفر رحمه الله
ترث **وجه قوله** ان المعلق بالشرط كالمنجز عند الشرط
فيصير قايلا عند الشرط انت طالق ثلاثا وهو مريض
ولنا ان الزوج لم يصنع في مرض الموت شيا لا السبب ولا
الشرط لم يوجد عليه فعله فلم يصر فارا **و**قوله المعلق بالشرط
يجعل منجزا عند الشرط ممنوع بل يقع الطلاق بالكلام السابق
من غير ان يتجدد باقيا الى وقت وجود الشرط على ما عرف في
مسايل الخلاف **و**كذا ان كان بفعل اجنبي سوا كان منه بد
كقدوم زيد او لا بد منه كالصلاة المفروضة والصوم المفروض

وحجة الاسلام وكلام ابويها اقتضا الديون من غرمها فانها ترث في قول ابي
حنيفه وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله لا ترث وكذا اذا علق ٥
بدخول دار لا غنا لها عن دخولها هو على الخلاف كذا روي عن ابي يوسف
وجه قول محمد رحمه الله انه لم يوجد من الزوج مباشرة بطلان حقها ولا ٥
شرط البطلان فلا يصير فارا كما لو علق بامر سماوي او بفعل اجنبي او
بفعلها الذي لها منه بد **وجه قولهما** ان المراة فيما فعلت من الشرط ٥
عاملة للزوج من وجه لان منفعة عملها عايدة اليه لانه منعها عما لو امتنعت
عنه لحق للزوج بذلك مآثم فاذا لم يمتنع وفعلت لم يلحقه مآثم ٥
وكانت منفعة فعلها عايدة عليه فجعل ذلك فعلا للزوج فوجب
ابطال فعله صيانة لحقها ومن الوجه الذي بقي مقصورا عليها ٥
ليس بدليل الرضا لانها فعلته مضطرة لدفع العقوبة عنها
في الاخرة لا برضاها **وقالوا** فيمن فوض طلاق امراته الى اجنبي
في الصحه فطلقها في المرض ان التفويض ان كان على وجه ٥
لا يملك عزله عنه بان ملكه الطلاق لا ترث لانه لما لم يقدر على
فسخه بعد مرضه صار الايقاع في المرض كالايقاع في الصحه
وان كان التفويض على وجه يمكنه العزل عنه فطلق في المرض
ورثت لانه لما امكنه عزله بعد مرضه فلم يفعل صار كانه انشا
التوكيل في المرض لان الاصل في كل تصرف غير لازم ان يكون ٥
لبقايه حكم الابتدا والله الموفق **وعلى هذا** اذا قال في صحته ٥
لامراته ان لم ات البصره فانت طالق ثلاثا فلم ياتها حتى مات ورثته
لانه علق طلاقها بعدم اتيانه البصره فلما بلغ الى حال وقع ٥
الياس له عن اتيان البصره فقد تحقق العدم وهو مريض في
ذلك الوقت لانها يخاف منها الموت غالبا فقد باشر بطلان حقها
في الميراث فصار فارا فترثه وان ماتت هي وبقي الزوج ورثها
لانها ماتت وهي زوجته لان الطلاق لم يقع لعدم شرط الوقوع
وهو عدم شرط اتيانه البصره لجواز ان ياتيها بعد موتها فلم يقع ٥
الطلاق فماتت وهي زوجته فيرثها ولو قال لها ان لم تات البصره
فلم تاتها حتى مات الزوج ورثته لانه مات وهو زوج لعدم وقوع
الطلاق لانعدام وقوعه لانها ما دامت حية يرجى منها الاتيان
وان ماتت هي وبقي الزوج لم يرثها لانه لم يوجد منها سبب الفرقه
في مرضها فلم تصر فارة فلا يرثها **ولو** قال لها ان لم اطلقك ٥
فانت طالق ثلاثا فلم يطلقها حتى مات ورثته لانه علق طلاقها
بشرط عدم التطليق منه وقد تحقق العدم اذا صار الى حال لا يتاتى منه

التطليق

التطليق وهو مريض في تلك الحاله فيصير فارا بمباشرة شرط بطلان حقها
فترثه ولو ماتت هي وبقي الزوج لم يرثها لانها لم تصر فارة لانعدام سبب
الفرقه منها في مرضها فلا يرثها وكذا لو قال لها ان لم اتزوج عليك ٥
فانت طالق ثلاثا فلم يفعل حتى مات ورثته وان ماتت هي وبقي الزوج
لم يرثها لما ذكرنا في الحلف في الطلاق ولو قال لامراتين له في صحته
احديكما طالق ثم مرض فبين الطلاق في احديهما ثم مات ورثته المطلقة
لان وقوع الطلاق المضاف الى المبهم معلق بشرط البيان هو الصحيح
لما نذكره في موضعه ان شا الله تعالى **والصحيح** اذا علق طلاق امراته
بفعله في مرضه فانها ترثه والله الموفق **وقالوا** فيمن قال في صحته لامتين
تحته احديكما طالق ثنتين فاعتقتا ثم اختار الزوج ان يوقع على احديهما ٥
في مرضه فلا ميراث للمطلقه ولا يملك الزوج الرجعه **وهذا** الجواب على
قول من يقول ان الطلاق واقع في العين والبيان تعيين من وقع عليه
الطلاق لا شرط وقوع الطلاق ويقال انه قول محمد رحمه الله لان الايقاع
والوقوع حصلا في حال لا حق لواحدة منهما وهي حال الصحه فلا ترث
ولا يملك الزوج الرجعه لان الايقاع صادفها وهي امه وطلاق الامه
ثنتان على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فثبتت الحرمة الغليظه
فلا يملك الرجعه **واما** على قول من يقول الطلاق غير واقع للحال بل يتعلق
وقوعه بالاختيار وهو تفسير الايقاع في الذمه ويقال انه قول ابي يوسف
رحمه الله فينبغي ان ترث ويملك الرجعه لان وقوع الطلاق معلق بشرط
اختياره **و**الصحيح اذا علق طلاق امراته بفعله ففعل وهو مريض ثم
مات وهي في العده ترثه سوا كان فعلا له منه بد او لا بد له منه كما
اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق فدخلها وهو مريض ويملك الرجعه
لان الطلاق وقع عليها وهي حره فلا تحرم حرمة غليظه فيملك مراجعتها
ولو كانت احديهما حره فقال في صحته احديكما طالق ثنتين فاعتقت ٥
الامه ثم مرض الزوج فبين الطلاق في الامه فالطلاق رجعي وللمطلقه
الميراث في قول ابي يوسف الاول وهو قول محمد رحمه الله ثم رجع ابو يوسف
وقال اذا اختار ان يوقع على التي كانت امة فانها لا تحل له الا بعد
زوج وذكر هذه المسئله في الزيادات وقال في جوابها انها لا تحل له
الا بعد زوج وجعل لها الميراث ولم يذكر خلافا واختلاف الجواب
بنا على اختلاف الطريق فمن جعل الطلاق واقعا في المجهول وجعل البيان
تعيينا من وقع عليه الطلاق يقول لا تملك الرجعه لانه وقع الطلاق
عليها وهي امه فحرمت حرمة غليظة وكان ينبغي ان لا ترث لان الايقاع
والوقوع كل ذلك وجد في حال الصحة الا انه انما قال بالتوريث لكون الزوج

منهما في البيان لجواز انه كان في قلبه الاخرى وقت الطلاق فتبين في هذه فكان
منهما في البيان فورثت واما من لا يرى الطلاق واقعا قبل الاختيار فيقول
يملك الرجعة لان الطلاقين وقعا وهي حرة فلا تحرم حرمة غليظة فترث لان
الطلاق رجعي وان كان التعليق في المرض والشرط في الصحة بان طلقها ثلاثا
او باينا وهو مريض ثم مات لم ترث لانه لما صح تبين ان ذلك المرض لم يكن
مرض الموت فلم يوجد الايقاع ولا الشرط في المرض فكان هذا والايقاع
حالة الصحة سوا ولهذا كان هذا المرض والصحة سوا في جميع الاحكام
واما وقت الاستحقاق فهو وقت مرض الموت عندنا لما ذكرنا فيما تقدم
فلا بد من معرفة مرض الموت لتعرف الاحكام المتعلقة به **فنقول**
وبالله التوفيق والاعانة ذكر الكرخي رحمه الله ان المريض مرض الموت
هو المريض الذي اضناه المرض وصار صاحب فراش فاما اذا كان
يذهب ويجي وهو مع ذلك يحم فهو بمنزلة الصحيح **وذكر** الحسن بن زياد
عن ابي حنيفة رحمه الله المريض الذي اذا طلق امراته كان فارا هو ان يكون
مضنى لا يقوم الا بشده وهو في حال العذر في الصلاة يجالسا والحاصل
ان مرض الموت هو الذي يخاف منه الموت غالبا ويدخل في هذه العبارة
ما ذكره الحسن عن ابي حنيفه رحمه الله وما ذكره الكرخي لانه اذا كان
مضنا لا يقدر على القيام الا بشده يخشى عليه الموت غالبا وكذا
اذا كان صاحب الفراش واذا كان يذهب ويجي لا يخشى عليه الموت
غالبا وان كان يحم فلا يكون ذلك مرض الموت **وكذا** صاحب الفالج
والسل والنقرس ونحوها اذا طال به ذلك فهو في حكم الصحيح لان
ذلك اذا طال لا يخاف منه الموت غالبا فلم يكن مرض الموت الا اذا
تغير يخشى منه الموت غالبا فيكون مرض الموت وكذا الزمن والمقعد
ويابس الشق وعلى هذا قالوا في المحصور والواقف في صف القتال
ومن وجب عليه الحد القتل في حد او قصاص يحبس ليقتل انه كالصحيح
لانه ليس الغالب من هذه الاحوال الموت فان الانسان يخلص منها
غالبا لكثرة اسباب الخلاص ولو قدم ليقتل او بارز قرنه وخرج
من الصف فهو كالمريض اذ الغالب من هذه الحالة الهلاك فيترتب
عليه احكام المريض اذا مات في ذلك الوجه ولو كان في السفينة
فهو كالصحيح الا اذا هاجت الامواج فيصير في حكم المريض في تلك
الحاله لانه يخشى منها الموت غالبا ولو اعيد المخرج للقتل الى الحبس
او رجع المبارز بعد المبارزة الى الصف او سكن الموج صار في حكم
الصحيح كالمريض اذا برا من مرضه والمراة اذا اخذها الطلق فهي في
حكم المريض اذا ماتت منه لان الغالب منه خوف الهلاك واذا سكنت

من

في الطلاق المبهم

من ذلك فهي في حكم الصحيح كما اذا كانت مريضة ثم صحت ولو طلقها وهو
مريض ثم صح وقام من مرضه وكان يذهب ويجي ويقوى على الصلاة
قايما ثم نكس فعاد الى حالته التي كان عليها ثم مات لم ترثه في قول
اصحابنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله ترثه **وجه قوله** ان وقت الطلاق
وقت تعلقها بالارث ووقت الموت ووقت ثبوت الارث والمرض قد
احاط بالوقتين جميعا فانقطاعه فيما بين ذلك لا يعتبر لانه ليس
بوقت التعليق ولا وقت الارث **ولنا** انه لما صح بعد المرض
تبين ان ذلك المرض لم يكن مرض الموت فلم يوجد الطلاق في حال
المرض فلا ترث والله الموفق **واما** الذي يخص الطلاق المبهم وهو ان
يكون لفظ الطلاق مضافا الى مجهول فجملة الكلام فيه ان الجهالة
اما ان كانت اصلية واما ان كانت طارية **اما** الجهالة الاصلية
فهي ان يكون لفظ الطلاق من الابتدا مضافا الى المجهول وجهالة
المضاف اليه يكون بمزاحمة غيره اياه في الاسم والمزاحم اياه في الاسم لا يخلو
اما ان يكون محتملا للطلاق واما ان لا يكون محتملا له والمحتمل للطلاق
لا يخلو اما ان يكون ممن يملك الزوج طلاقه او لا يملك طلاقه فان كان
ممن يملك طلاقه صحت الاضافة بالاجماع نحو ان يقول لنسايه الاربع
احدكن طالق ثلاثا **والكلام** فيه يقع في موضعين **احدهما** في بيان
كيفية هذا التصرف قال بعضهم هو ايقاع الطلاق في غير المعين
على معنى انه يقع الطلاق في الحال في واحدة غير عين واختيار
الطلاق في احديهما وبيان الطلاق فيها تعيين لمن وقع عليها
الطلاق ويقال ان هذا قول محمد وقال بعضهم ان هذا ايقاع الطلاق
معلقا بشرط البيان معنى ومعناه ان قوله احديكما طالق
ينعقد سببا للحال بمنزلة تعلق الطلاق بساير الشروط من دخول
الدار وغيره غير ان هناك الشرط يدخل على السبب والحكم جميعا وهاهنا
يدخل على الحكم لا على السبب كما في البيع بشرط الخيار فاذا اختار طلاق
احديهما فقد وجد شرط وقوع الطلاق في حقها فيقع الطلاق عليها
بالكلام السابق عند وجود شرط الوقوع وهو الاختيار كانه علقه
به نصا فقال ان اخترت طلاق احديكما فهي طالق ويقال ان هذا قول
ابي يوسف رحمه الله **والمسايل** متعارضة في الظاهر بعضها يؤيد
القول الاول وبعضها ينصر القول الثاني ونحن نشير الى ذلك
هاهنا ونذكر وجه كل واحد من القولين وترجيح احدهما على الاخر
ونخرج المسايل عليه ونذكر في كتاب العتاق ان شا الله تعالى
فقال بعضهم البيان اظهار من وجه وانشا من وجه وزعموا ان المسايل

خرج عليه وانه كلام لا يعقل بل هو محال والبنا على المحال محال **واما**
الاحكام المتعلقة به فنوعان **نوع** يتعلق به حياة الزوج **ونوع** يتعلق
به بعد مماته **اما** بيان النوع الاول **فنقول** اذا قال لامراتيه احدكما
طالق ثلاثا فله خيار التعيين يختار ايتهما شا للطلاق لانه اذا ملك
الابهام ملك التعيين ولو جاحمناه واستعدنا عليه القاضي حتى
يبين اعدي عليه فكلفه البيان ولو امتنع اجبره عليه بالحبس لان
لكل واحدة منهما حقا اما استيفا حقوق النكاح منه واما التوصل
الى زوج اخر وحق الانسان يجب ايفاوه عند طلبه واذا امتنع من
عليه يجبره القاضي على الايفا وذلك بالبيان ههنا فكان البيان
حقهما لكونه وسيلة الى حقهما ووسيلة حق الانسان حقه والجبر على
البيان يويد القول الاول لان الوقوع لو كان معلقا بشرط البيان
لما اجبر اذ الحالف لا يجبر على تحصيل الشرط ولان البيان اظهار الثابت
ولا ثابت محال **ثم** البيان نوعان نص ودلاله **اما** النص
فنحو ان يقول ايتهما عنيت او نويت او اردت وما يجري هذا المجرى
ولو قال احديكما طالق ثلاثا ثم طلق احديهما عينا بان قال لها انت طالق
وقال اردت به بيان الطلاق الذي لزمني لا طلاقا مستقبلا كان
القول قوله لان البيان واجب عليه وقوله انت طالق يحتمل البيان
لانه ان جعل انشا في الشرع لكنه يحتمل الاخبار فيحتمل البيان
اذ هو اخبار عن كاين وهذا ايضا يبصر القول الاول لان الطلاق
لو لم يكن واقعا لم يصدق في ارادة البيان اذ البيان للواقع
واما الدلاله فنحو ان يفعل او يقول ما يدل على البيان نحو ان
يطا احديهما او يقبلها او يطلقها او يحلف بطلاقها او يظاهر منها
لان ذلك كله لا يجوز الا في المنكوحة فكان الاقدام عليه تعيينا
لهذه للنكاح **واذا** تعينت هي للنكاح تتعين الاخرى للطلاق
ضرورة انتفا المزاحم واذا كن اربعا او ثلاثا تعينت الباقيات
لبيان الطلاق في واحدة منهن نصا او دلالة بالفعل او بالقول
بان يطا الثانية والثالثة فتتعين الرابعة للطلاق او يقول هذه
منكوحة وهذه فتتعين الرابعة للطلاق ان كن اربعا وان كن
ثلاثا تتعين الثالثة للطلاق بوطي الثانية او بقوله للثانية هذه
منكوحة وكذا اذا ماتت احديهما قبل البيان طلقت الباقية لان
التي ماتت خرجت عن احتمال البيان فيها لان الطلاق عند البيان
وقد خرجت عن احتمال الطلاق فخرجت عن احتمال البيان فتعينت
وهذا يويد القول الثاني لان الطلاق لو كان وقع في غير العين

لما افترق الحال في البيان بين الحياة والموت اذ هو اظهار ما كان **فرق بين هذا**
وبينما اذا باع احد عبديه على ان المشتري بالخيار ياخذ ايهما شا ويرد ايهما
شا ويرد الاخر فمات احدهما قبل البيان انه لا يتعين الباقي منهما للبيع بل
يتعين الميت للبيع ويصير المشتري مختارا للبيع في الميت فيتبين البيع الموت
ويجب عليه رد الباقي الى البايع **ووجه الفرق** ان هناك وجد المبطل
للخيار قبيل الموت وهو حدوث عيب لم يكن وقت الشرا وهو المرض ذلاه
يخلو الانسان عن مرض قبيل الموت عادة وحدوث العيب في الذي فيه
خيار يبطل الخيار فبطل الخيار قبيل الموت ودخل العبد في ملك المشتري
فتعين الاخر للرد ضرورة وهذا المعنى لم يوجد في الطلاق لان حدوث
العيب في المطلقة لا يوجب بطلان الخيار ولو ماتت احديهما قبل البيان
فقال الزوج اياها عنيت لم يرثها وطلقت الباقيه لا بقاله كما ماتت تعينت
الباقيه للطلاق فاذا قال عنيت الاخرى فقد اراد صرف الطلاق
عن الباقيه فلا يصدق فيه ويصدق في ابطال الارث لان ذلك حقه
والانسان في اقراره بابطال حق نفسه مصدق لانتفا التهمة وكذا اذا
ماتتا او احديهما بعد الاخرى ثم قال عنيت التي ماتت اولا لم يرث منها
اما من الباقيه فلتعيينها للطلاق بموت الاولى **واما** من الاولى فلاقراره
انه لا حق له في ميراثها وهو مصدق على نفسه ولو ماتتا جميعا بان سقط
عليهما حايط او غرقتا يرث من كل واحدة منهما نصف ميراث الازواج لانه
يستحق ميراث كل واحدة منهما في حال ولا يستحقه في حال فيتنصف
كما هو اصلنا في اعتبار الاحوال وكذلك اذا ماتتا جميعا احديهما بعد
موتها **وقال** اياها عنيت لا يرث منها ويرث من الاخرى نصف ميراث
زوج لانهما لما ماتتا فقد استحق من كل واحدة نصف ميراث لما بيناه
فاذا اراد احديهما عينا فقد اسقط حقه عن ميراثها وهو النصف فيرث
من الاخرى النصف ولو ارتد اجميعا قبل البيان فانقضت عدتهما
وبانتا لم يكن له ان يبين الطلاق الثلاث في احديهما اما البينونة
فلان الملك قد زال من كل وجه بالردة وانقضا العدة واذا زال الملك
لا يملك البيان لانه لا يملك الانشا بدون الملك فلا يملك البيان ايضا
فيبقى الطلاق على ما كان وهذا يدل على ان الطلاق لم يقع قبل
البيان اذ لو وقع لصح البيان بعد البينونة لان البيان حقيقة
يكون تعيين من وقع عليه الطلاق فلا يفتقر صحته الى قيام الملك
ولو كانتا رضيعتين فجاءت امراة فارضعتهما قبل البيان بانتا
وهذا دليل ظاهر صحة القول الثاني لانه لو وقع الطلاق على احديهما
لصارت اجنبية فلا يتحقق الجمع بين الاختين بالرضاع نكاحا فينبغي

ان لا تبينا وقد بانتا واذا بانتا بالرضاع لم يكن له ان يبين الطلاق في احديهما لما قلنا وهو دليل على ما قلنا ولو بين الطلاق في احديهما يجب عليها العدة من وقت البيان كذا روي عن ابي يوسف رحمه الله حتى لو راجعها بعد ذلك صحت رجعته وكذا اذا بين الطلاق في احديهما وقد كانت حاضت ثلاث حيض لا تعتد بما حاضت قبله وتستانف العدة من وقت البيان وهذا يدل على ان الطلاق لم يكن واقعا قبل البيان وروي عن محمد رحمه الله انه تجب العدة من وقت الارسال وتنقضي اذا حاضت ثلاث حيض من الوقت ولا تصح الرجعة بعد ذلك وهذا يدل على ان الطلاق نازل في غير العين ومن هذا حقق القدوري الخلاف بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في كيفية هذا التصرف على ما ذكرنا من القولين واستدل بمسئلة العدة على الخلاف ولو قال لامراتين له احديكما واحدة والاخرى ثلاثا فحاضت احديهما ثلاث حيض بانت بواحدة والاخرى بثلاث فاذا حاضت احديهما ثلاث حيض فقد زال ملكه عنها بيقين فخرجت عن احتمال الثلاث فيها فتعينت الاخرى للثلاث ضرورة ولو كانت تحته اربع نسوة فقال احديكن طالق ثلاثا ثم تزوج اخرى جاز وان كان مدخولا بهن فتزوج اخرى لم يجز وهذا حجة القول الاول لان الطلاق لو لم يكن واقعا في احديهن لما جاز نكاح امراة اخرى في الفصل الاول لانه يكون نكاح الخامسة ولجاز في الفصل الثاني لانه يكون نكاح الرابعة ولما كان الامر على القلب من ذلك دل ان الطلاق لم يكن واقعا قبل البيان ولو قال لامراتين له في صحته احديكما طالق ثم بين في احديهما في مرضه يصير فارا وترثه المطلقة مع المنكوحة ويكون الميراث بينهما نصفين وهذا حجة القول الثاني لان الطلاق لو كان واقعا في احديهما غير عين لكان وقوع الطلاق في الصحة فينبغي ان لا يصير فارا اذا طلق واحدة منهما عينا واما الذي يتعلق بما بعد موت الزوج فانواع ثلاثة حكم المهر وحكم الميراث وحكم العدة اذا مات قبل البيان اما حكم المهر فان كانتا مدخولا بهما فلكل واحدة منهما جميع المهر لان كل واحدة منهما تستحق جميع المهر منكوحة كانت او مطلقة اما المنكوحة فلا شك فيه واما المطلقة فلانها مطلقة بعد الدخول وان كانتا غير مدخول بهما فلهما مهر ونصف مهر بينهما لكل واحدة منهما ثلاثة ارباع مهر لان كل واحدة منهما يحتمل ان تكون منكوحة ويحتمل ان تكون مطلقة فان كانت منكوحة تستحق جميع المهر لان الموت بمنزلة الدخول وان كانت مطلقة تستحق النصف لان النصف قد سقط بالطلاق قبل الدخول فلكل واحدة منهما كل المهر في حال والنصف في حال وليست

احديهما باولى من الاخرى فيتنصف فيكون لكل واحدة منهما ثلاثة ارباع مهر هذا اذا كان قد سمى لهما مهرا فان كان لم يسم لهما مهرا فلهما مهر ومتعة بينهما لان كل واحدة منهما ان كانت منكوحة فلها كمال مهر المثل وان كانت مطلقة فلها كمال المتعة فكل واحدة منهما تستحق كمال مهر المثل في حال ولا تستحق مهر المثل في حال وكذا المتعة فيتنصف كل واحدة منهما فيكون لهما مهر ومتعة بينهما لكل واحدة منهما نصف مهر المثل ونصف متعة وان كان سمى لاحديهما مهرا ولم يسم للاخرى فللمسمى لها ثلاثة ارباع المهر وللتي لم تسم لها نصف مهر المثل لان المسمى لها ان كانت منكوحة فلها جميع المسمى وان كانت مطلقة فلها النصف فيتنصف كل ذلك فيكون لها ثلاثة ارباع المهر المسمى والتي لم يسم لها ان كانت منكوحة فلها جميع مهر المثل وان كانت مطلقة فليس لها شيء من مهر المثل فاستحقت في حال ولم تستحق شيئا منه في حال فيكون لها نصف مهر المثل **والقياس** ان يكون لها نصف المتعة ايضا وهو قول زفر رحمه الله **وفي** الاستحسان ليس لها الا نصف مهر المثل **وجه القياس** انها ان كانت منكوحة فلها كمال مهر المثل وان كانت مطلقة فلها كمال المتعة وكان لها كمال مهر المثل في حال وكمال المتعة في حال فيتنصف كل واحد منهما فيكون لها نصف مهر مثلها ونصف متعتها **وجه الاستحسان** ان نصف مهر المثل اذا وجب لها امتنع وجوب المتعة لان المتعة بدل عن نصف مهر المثل والبدل والمبدل لا يجتمعان **هذا** اذا كان المسمى مهر المثل معلومة فان لم تكن معلومة فلهما مهر وربع مهر اذا كان مهر مثلهما سواء ويكون بينهما لان كل واحدة منهما يحتمل ان تكون غير المسمى لها المهر فيكون لها ثلاثة ارباع المهر لما ذكرنا ويحتمل ان تكون غير المسمى لها المهر فيكون لها نصف مهر المثل ففي حال تجب ثلاثة ارباع المهر وفي حال تجب نصف المهر فيتنصف كل ذلك فيكون لهما مهر وربع مهر بينهما لكل واحدة منهما نصف مهر وثمن مهر نصف مهر المسمى وثمن مهر المثل ولا تجب المتعة استحسانا **والقياس** ان تجب نصف المتعة ايضا ويكون بينهما وهو قول زفر رحمه الله **وجه القياس والاستحسان** على نحو ما ذكرنا والله اعلم وهذه المسائل تدل على ان الطلاق قد وقع في احديهما غير عين وقت الارسال حيث شاع فيهما بعد الموت اذ الواقع يشيع والله اعلم **واما حكم الميراث** فهو انهما يرثان منه ميراث امراة واحدة ويكون بينهما نصفين في الاحوال كلها لان احديهما منكوحة بيقين وليست

احديهما باولي من الاخري فيكون قدر ميراث امراة واحدة بينهما فان كان للزوج امراة اخري سواهما لم يدخلها في الطلاق فلها نصف ميراث النسا ولهما النصف لانه لا يزاحمها الا واحدة منهما لان المنكوحة واحدة والاخري مطلقة فكان لها النصف ثم النصف الثاني يكون بين الاخريين نصفين اذ ليست احديهما باولي من الاخري **واما** حكم العدة فعلي كل واحدة منهما عدة الوفاة وعدة الطلاق لان احديهما منكوحة والاخري مطلقة وعلي المنكوحة عدة الوفاة لا عدة الطلاق وعلي المطلقة عدة الطلاق لا عدة الوفاة فدارت كل واحدة من العدتين في حق كل واحدة من المراتين بين الوجوب وعدم الوجوب والعدة يحتاط في ايجابها ومن الاحتياط القول بوجوبهما علي كل واحدة منهما والله الموفق وان كان ممن لا يملك طلاقه لا يصح الاضافة بالاجماع بان جمع بين امراته وبين اجنبية فقال احديكما طالق حتي لا تطلق امراته لان هذا الكلام يستعمل للانشا ويستعمل للاخبار ولو حمل علي الاخبار لصح لانه يخبر ان احديهما طالق والامر كما اخبر ولو حمل علي الانشا لم يصح لان احديهما وهي الاجنبية لا تحتمل الانشا لعدم النكاح ولا طلاق قبل النكاح علي لسان رسول الله صلي الله عليه وسلم فكان حمله علي الاخبار اولي **هذا** اذا كان المزاحم في الاسم محتملا للطلاق فاما اذا لم يكن نحو ما اذا جمع بين امراته وبين حجر او بهيمة فقال احديكما طالق فهل تصح الاضافة **اختلف** فيه قال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله يصح حتي يقع الطلاق علي امراته وقال محمد رحمه الله لا يصح ولا يقع الطلاق علي امراته **وجه قوله** ان الجمع بين المنكوحة وغير المنكوحة يوجب شكا في الايقاع كما لو جمع بين امراته وبين اجنبية وقال احديكما طالق ولا يقع مع الشك **وجه قولهما** انه اذا جمع بين من يحتمله الطلاق ومن لا يحتمله في الاسم واضاف الطلاق اليهما فالظاهر انه اراد به من يحتمله الطلاق لا من لا يحتمله لان اضافة الطلاق الي من لا يحتمله سفه فانصرف مطلق الاضافة الي زوجته بدلالة الحال بخلاف ما اذا جمع بينها وبين اجنبية لان الاجنبية محتملة للطلاق في الجملة وهي محتملة للطلاق في الحال اخبارا ان كانت لا تحتمله انشا وفي الصرف الي الاخبار صيانة لكلامه عن اللغو فيصرف اليه **وقد** خرج الجواب عن ما ذكره محمد لان الجمع انما يوجب الشك فيما يحتمل الطلاق لا فيما لا يحتمله **و**لو جمع بين زوجته وبين رجل فقال احديكما طالق لم يصح في قول ابي حنيفة رحمه الله حتي لا تطلق زوجته **وجه قول ابي يوسف** ان الرجل لا يحتمل الطلاق **الا تري** انه لو قال

لامراته

لامراته انا منك باين ونوي الطلاق يصح والابانة من الفاظ الطلاق فان الطلاق نوعان رجعي وباين واذا كان محتملا للطلاق في الجملة حمل كلامه علي الاخبار كما اذا جمع بينها وبين اجنبية وقال احديكما طالق ولو جمع بين امراته وبين امراة ميتة فقال انت طالق او هذه واشار الي الميتة لم تصح الاضافة بالاجماع حتي لا تطلق زوجته الحية لان الميتة من جنس ما يحتمل الطلاق وقد كانت محتملة للطلاق قبل موتها فصار كما اذا جمع بينها وبين اجنبية والله الموفق **واما** الجهالة الطارية فهي ان يكون الطلاق مضافا الي معلومة ثم تجهل كما اذا طلق الرجل امراة بعينها من نسائه ثلاثا ثم نسي المطلقة **و**الكلام في هذا الفصل في موضعين **احدهما** في بيان كيفية هذا التصرف **والثاني** في بيان حكمه **اما الاول** فلا خلاف في ان الواحدة منهن طالق قبل البيان لانه اضاف الطلاق الي معينة وانما طرت الجهالة بعد ذلك والمعينة محل لوقوع الطلاق فيكون البيان ههنا اظهارا وتعيينا لمن وقع عليها الطلاق **واما** الاحكام المتعلقة به فنوعان ايضا علي ما مر **اما** الذي يتعلق به في حال حياة الزوج فهو انه لا يحل ان يطا واحدة منهن حتي يعلم التي طلق فيجتنبها لان احديهن محرمة بيقين وكل واحدة منهن يحتمل ان تكون هي المحرمة فان وطي واحدة منهن وهو لا يعلم بالمحرمة فربما وطي المحرمة **والاصل** فيه ما روي عن رسول الله صلي الله عليه وسلم انه قال لوابصة بن معبد الحلال بين والحرام بين وبينهما امور مشتبهات فدع ما يريبك الي ما لا يريبك ولا يجوز ان يطلق واحدة بالتحري والفروج لا تباح عند الضرورة فلا يجوز فيه التحري **بخلاف** الذكية اذا اختلطت بالميتة انه يجوز التحري في الجملة وهي ما اذا كانت الغلبة للذكية عندنا لان الميتة مما تباح عند الضرورة فان جحدت كل واحدة منهن ان تكون المطلقة فاستعدين عليه الحاكم في النفقة والجماع اعدي عليه وحبسه حتي يبين التي طلق منهن والزمه النفقة لهن لان لكل واحدة منهن حق المطالبة بحقوق النكاح ومن عليه الحق اذا امتنع من الايفا مع قدرته عليه يحبس كمن امتنع من قضا دين عليه يحبس وهو قادر علي قضايه فيحبسه الحاكم ويقضي بنفقتهن عليه لان النفقة من حقوق النكاح فان ادعت كل واحدة منهن انها هي المطلقة ولا بينة لها وجحد الزوج فعليه اليمين لكل واحدة منهن لان الاستحلاف للنكول والنكول بدل او اقرار والطلاق يحتمل البدل والاقرار فيستحلف فيه فان ابي ان يحلف فرق بينه

وبينهن لانه بذل الطلاق لكل واحدة منهن او اقر به والطلاق محتمل كل واحدة
منهما وان حلف لهن لا يسقط عنه البيان بل لا بد ان يبين لان الطلاق لا
يرتفع باليمين فبقي على ما كان عليه فيؤخذ بالبيان **وروى** بن سماعة عن محمد
رحمه الله انه قال اذا كانت امراتين فحلف للاولى طلقت التي لم يحلف لها
لانه لما انكر للاولى ان يكون مطلقة تعينت الاخرى للطلاق ضرورة
وان لم يحلف للاولى طلقت لانه بالنكول بذل الطلاق او اقر به فان
تشاحتا على اليمين حلفه لهما جميعا بالله ما طلق واحدة منهما لانهما
استويا في الدعوى ويمكن ايفاؤهما معا في الحلف فيحلف لهما معا
فان حلف لهما حجبته عنهما حتى يبين لان احديهما قد بقيت مطلقة
بعد الحلف اذ الطلاق لا يرتفع باليمين فكانت احديهما محرمة فلا يمكن
منهما الى ان يبين فان وطئ احديهما فالتي لم يطا مطلقة لان فعله
محمول على الجواز ولا يجوز الا بالبيان فكان الوطي بيانا لان الموطوءة
منكوحة فتعينت الاخرى المطلاق ضرورة انتفاء المزاحم كما لو قال
احديكما طالق ثم وطئ احديهما واذا طلق واحدة من نسائه بعينها
ثم نسيها ولم يتذكر فينبغي فيما بينه وبين الله تعالى ان يطلق كل
واحدة منهن تطليقة رجعية ويتركها حتى تنقضي عدتها فتبين لانه
لا يجوز له ان يمسكهن فيقربهن جميعا لان احديهن محرمة بيقين
ولا يجوز ان يطا واحدة منهن بالتحري لانه لا مدخل للتحري في
الفروج ولا يجوز له ان يتركهن بغير بيان لما فيه من الاضرار بهن
بابطال حقوقهن منه ومن غيره بالنكاح اذ لا يحل لهن النكاح
لان كل واحدة منهن مطلقة ثلاثا بيقين وان اراد ان يتزوج
واحدة منهن فالاحسن ان لا يتزوج بها الا بعد ان يتزوجن كلهن
بزوج اخر لجواز ان يكون التي تزوجها هي المطلقة ثلاثا فلا تحل
له حتى تنكح زوجا غيره فاذا تزوجن بغيره فقد حللن بيقين فلو
انه تزوج واحدة منهن قبل ان تتزوجن بغيره جاز نكاحها لان
فعله يحمل على الجواز والصحة ولا يجوز الا بالبيان فكان اقدامه
على نكاحها بيانا انها ليست بمطلقة بل هي منكوحة وكذا اذا
تزوج الثانية والثالثة جاز لما قلنا وتعينت الرابعة للطلاق
ضرورة انتفاء المزاحم وكذا اذا كانتا اثنتين فتزوج احديهما
تعينت الاخرى للطلاق لانا نحمل نكاح التي تزوجها على
الجواز ولا جواز له الا بتعين الاخرى للطلاق لانا نحمل نكاح التي
تزوجها فتتعين الاخرى للطلاق ضرورة **هذا** اذا كان الطلاق
ثلاثا فان كان بائنا ينكحن جميعا نكاحا جديدا ولا يحتاج الى الطلاق

وان كان رجعيا يراجعهن جميعا واذا كان الطلاق ثلثا فماتت واحدة منهن
قبل البيان فالاحسن ان لا يطا الباقيات الا بعد بيان المطلقة لجواز
ان تكون المطلقة فيهن فان وطئهن قبل البيان جاز لان فعل العاقل
المسلم محمول على الجواز ما امكن وههنا امكن بان يحمل فعله على انه تذكر
ان الميتة كانت هي المطلقة اذ البيان في الجهالة الطارية اظهار
وتعيين وقع عليها الطلاق بلا خلاف فلا يكون حيا لها شرطا
لجواز بيان الطلاق فيها واذا تعينت هي للطلاق تعينت الباقيات
للنكاح فلا يمنع من وطئهن بخلاف الجهالة الاصلية اذا ماتت
واحدة منهن انها لا تتعين للطلاق لان الطلاق هناك يقع عند
وجود الشرط وهو البيان مقصورا عليه والمحل ليس بباق
لوقوع الطلاق وقت البيان **ثم** البيان ضربان نص
ودلالة اما النص فهو ان تبين المطلقة نصا فيقول
هذه التي كنت طلقتها **واما الدلالة** فهو ان يفعل او يقول
ما يدل على البيان مثل ان يطا واحدة او يقبلها او يطلقها
او يحلف بطلاقها او يظاهر منها فان كانتا اثنتين تعينت
الاخرى للطلاق فكان الاقدام عليه تعيينا للاخرى للطلاق
ضرورة وكذلك اذا قال هذه منكوحة واشار الى احديهما تعين
الاخرى للطلاق ضرورة وان كن ثلاثا او اربعا تعينت
الباقيات لكون المطلقة فتتعين بالبيان نصا او دلالة
بالفعل او بالقول على ما مر بيانه في الفصل الاول ولو كن
اربعا ولم يدخل بهن فتزوج اخرى قبل البيان جاز لان
الطلاق واقع في احديهن فكان هذا نكاح الرابعة فلا يتحقق
الجمع بين الخمس فيجوز وان كن مدخولا بهن لا يجوز لانه يتحقق
الجمع لقيام النكاح من وجه لقيام العدة ولو كان الطلاق في
الصحة فتبين في واحدة منهن في مرضه ثم مات لم ترثه لان البيان
ههنا اظهار وتعيين لمن وقع عليه الطلاق والوقوع كان
في الصحة فلا ترث بخلاف الفصل الاول **ثم** الذي يتعلق
بعد موت الزوج فانواع ثلاثة حكم المهر وحكم الميراث وحكم
العدة والفصلان لا يختلفان في هذه الاحكام فما عرف من
الجواب في الاول فهو الجواب في الثاني والله اعلم تم كتاب الطلاق

كتاب الظهار

قال رحمه الله تعالى يحتاج في هذا الكتاب الى معرفة ركن الظهار

والى معرفة شرايط الركن والى معرفة حكم الظهار والى معرفة ما ينتهي به حكمه والى معرفة كفارة الظهار اما ركن الظهار فهو اللفظ الدال على الظهار والاصل فيه قول الرجل لامراته انت علي كظهر امي يقال ظاهر الرجل من امراته وتظاهر وتظاهر واظهر ويظهر اي قال لها انت علي كظهر امي وملحق به قوله انت علي كبطن امي او فخذ امي او فرج امي لان معنى الظهار تشبيه الحلال بالحرام ولهذا وصفه الله تعالى بانه منكر من القول وزورا فقال في اية الظهار وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا وبطن الام وفخذها في الحرمة مثل ظهرها ولفرجها مزية حرمة فتزداد جنايته في كون قوله منكرا من القول وزورا فيثبت كذا الجزاء وهو الحرمة

فصل واما الشرايط فانواع بعضها يرجع الى الظاهر وبعضها يرجع الى المظاهر منه وبعضها يرجع الى المظاهر به اما الذي يرجع الى المظاهر فانواع **منها** ان يكون عاقلا اما حقيقة او تقديرا فلا يصح ظهار المجنون والصبي الذي لا يعقل لان حكم الحرمة وخطاب التحريم لا يتناوله **ومنها** ان لا يكون معتوها ولا مدهوشا ولا مبرسما ولا مغمى عليه ولا نايما فلا يصح ظهار هولاء كما لا يصح طلاقهم وظهار السكران كطلاقه وهو على التفصيل الذي ذكرناه في كتاب الطلاق **ومنها** ان يكون بالغا فلا يصح ظهار الصبي وان كان عاقلا لما مر في ظهار المجنون ولان الظهار من التصرفات الضارة المحضة فلا يملكه الصبي كما لا يملك الطلاق والعتاق وغيرهما من التصرفات التي هي ضارة محضة **ومنها** ان يكون مسلما فلا يصح ظهار الذمي وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله اسلام المظاهر ليس بشرط لصحة ظهاره ويصح ظهار الذمي **واحتج** بعموم قوله تعالى والذين يظهرون من نسايهم من غير فصل بين المسلم والكافر ولان الكافر من اهل الظهار لان حكمه الحرمة والكفار يخاطبون بشرايع هي حرمات ولهذا كان اهلا للطلاق فكذا الظهار **ولنا** ان عمومات النكاح تقتضي حل الزوجات على الازواج نحو قوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين وقوله نساوكم حرث لكم فاتوا حرثكم انى شيتم والظهار لا يوجب زوال النكاح والزوجية لان لفظ الظهار لا ينبي عنه ولهذا لا يحتاج الى تجديد النكاح بعد الكفارة الا ان المسلم صار مخصوصا فمن ادعى تخصيص الذمي يحتاج الى الدليل ولان حكم الظهار حرمة موقتة بالكفارة او تحرير تخلفه الصوم والكفار ليسوا من اهل هذا

الحكم فلا يكون من اهل الظهار **وقد** خرج الجواب عما ذكره من المعنى **واما** اية الظهار فانها تتناول المسلم لدلايل **احدها** ان اول الاية خاص في حق المسلمين وهو قوله الذين يظهرون منكم من نسايهم وقوله منكم كناية عن المسلمين **الا ترى** الى قوله وان الله لعفو رحيم والكفر غير جايز المغفرة وقوله والذين يظهرون من نسايهم بنا على الاول **والثاني** ان فيها امرا بتحرير تخلفه الصيام اذا لم يجد الرقبة والصيام تخلفه الطعام اذا لم يستطع وكل ذلك لا يتصور الا في حق المسلم **والثالث** ان المسلم مراد من هذه الاية بلا شك والمذهب عندنا ان العام يبنى على الخاص ومتى بني العام على الخاص خرج المسلم عن عموم الاية ولم يقل به احد **واما** كونه حرا فليس بشرط لصحة الظهار فيصح ظهار العبد لان الظهار تحريم والعبد من اهل التحريم **الا ترى** انه يملك التحريم بالطلاق فكذا بالظهار ولعموم قوله تعالى والذين يظهرون من نسايهم **فان قيل** هذه الاية لا تتناول العبد لانه جعل حكم الظهار التحريم بقوله تعالى فتحرير رقبة والعبد ليس من اهل التحرير فلا يكون من اهل حكم الظهار فلا يكون من اهل الظهار فلا يتناوله نص الظهار **فالجواب** انه ممنوع لانه ما جعل التحرير حكم الظهار على الاطلاق بل جعل حكمه في حق من وجد **فاما** في حق من لم يجد فانما جعل حكمه حكم الصيام بقوله فلم يجد فصيام شهرين متتابعين والعبد غير واجد لانه لا يكون واجدا الا بالملك والعبد ليس من اهل الملك فلا يكون واجدا فلا يكون الاعتاق حكم الظهار في حقه اذ لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يكون له التكفير بالاعتاق وكذا بالاطعام اذ الاطعام على وجه التمليك والاباحة لا تتحقق بدون الملك ولو كفر العبد بهما بامر مولاه او المولى كفر عنه بامر مولاه او المولى كفر عنه بهما لم يجز لان الملك لم يثبت له فلا يقع الاعتاق والاطعام عنه بخلاف الفقير اذا اعتق عنه غيره او اطعم بامره انه يجوز لان الفقير من اهل الملك فيثبت الملك له او لا ثم يودي عنه بطريق النيابة والعبد ليس من اهل الملك فلا يملك المودى فلا يجزيه في الكفارة الا الصيام وليس لمولاه ان يمنعه من صيام الظهار بخلاف صيام النذر وكفارة اليمين لان للمولى ان يمنعه عن ذلك لان صوم الظهار قد تعلق به حق المراة لانه يتعلق به استباحة

وطيها الذي استحقته بعقد النكاح فكان منعه اياه عن الصيام منعا له
عن ايفا حق مستحق للغير فلا يملك ذلك بخلاف صوم النذر وكفارة
اليمين لان للمولى ان يمنعه عن ذلك لان صوم الظهار قد تعلق به حق
المراة لانه يتعلق به استباحة لانه لم يتعلق به حق احد وكان العبد
بالصوم متصرفا في المنافع المملوكة لمولاه من غير اذنه لا حق لاحد فيه
وكان له منعه عن ذلك وسوا كان العبد قنا او مدبرا او ام ولد
او مستسعى على اصل ابي حنيفه رحمه الله لما قلنا وكذا كونه جادا
ليس بشرط لصحة الظهار حتى يصح ظهار الهازل كما يصح طلاقه وكذا
كونه طايعا او عامدا ليس بشرط عندنا فيصح ظهار المكره والخاطي
كما يصح طلاقه وعند الشافعي رحمه الله شرط فلا يصح ظهارهما كما لا يصح
طلاقهما **وهذه** من مسايل الاكراه وكذا التكلم بالظهار ليس بشرط
عندنا فيصح ظهار شارط الخيار لما ذكرنا في كتاب الطلاق **واما**
كون المظاهر رجلا فهل هو شرط صحة الظهار **قال** ابو يوسف
رحمه الله ليس بشرط وقال محمد رحمه الله شرط حتى لو قالت المراة
لزوجها انت على كظهر امي تصير مظاهرة عند ابي يوسف رحمه الله
وعليها كفارة الظهار وعند محمد رحمه الله لا تصير مظاهرة ولما
حكي قولهما للحسن بن زياد فقال هما شيخا الفقه اخطا عليها
كفارة اليمين اذا وطيها زوجها **وجه قول الحسن** ان الظهار
تحريم فيصير كانها قالت لزوجها انت علي حرام ولو قالت ذلك
لزمتها الكفارة اذا وطيها كذا هذا **وجه قول محمد** رحمه الله
ان الظهار تحريم بالقول والمراة لا تملك التحريم بالقول الا ترى
انها لا تملك الطلاق فكذا الظهار **وجه قول ابي يوسف**
رحمه الله ان الظهار تحريم يرتفع بالكفارة وهي من اهل الكفارة
فكانت من اهل الظهار **ومنها** النية عند ابي حنيفه رحمه الله
في بعض انواع الظهار دون بعض وبيان ذلك انه لو قال ذلك
لامراته انت على كظهر امي كان مظاهرا سوا نوى الظهار او لا
نية له اصلا لان هذا صريح في الظهار اذ هو المراد مكشوف المعنى
عند السماع بحيث يسبق الى افهام السامعين فلا يفتقر الى
النية كصريح الطلاق في قوله انت طالق وكذا اذا نوى به
الكرامة والمنزلة او الطلاق او تحريم اليمين لا يكون الا ظهارا
لان هذا اللفظ صريح في الظهار فاذا اراد به غيره فقد اراد صرف
اللفظ عما وضع له الى غيره فلا ينصرف اليه كما اذا قال لامراته

انت

انت طالق ونوى به الطلاق عن الوثاق او الطلاق عن العمل لانه لا ينصرف اليه
ويقع الطلاق لما قلنا كذا هذا ولو قال اردت به الاخبار عما مضى كذبا
لا يصدق في القضا لانه خلاف الظاهر لان هذا اللفظ في الشرع جعل
انشا فلا يصدق في ارادة الاخبار عنه كقوله انت طالق اذا اراد به
الاخبار عن الماضي كاذبا ولا يسع للمراة ان تصدقه كما لا يسع للقاضي
لان القاضي انما لا يصدقه لادعايه خلاف الظاهر وهذا موجود في
حق المراه ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى ما يحتمله كلامه
وكذا اذا قال انا منك مظاهر نوى الظهار او لا نية له لان هذا اللفظ
صريح في الظهار ايضا مكشوف المراد عند السماع فلا يفتقر الى النيه
واي شي نوى لا يكون الا ظهارا وان اراد به الخبر عن الماضي كاذبا لا يصدق
قضا ويصدق ديانة لما قلنا كما لو قال انت مطلقه او قد طلقتك وكذا
لو قال انت علي كظهر كبطن امي او كفخذ امي او كفرج امي فهذا وقوله انت
علي كظهر امي على السوا لانه يجري مجرى الصريح لما ذكرنا فيما تقدم
وكذا اذا قال انت مني كظهر امي او عندي او معي فهو مظاهر لان
هذه الحروف متقاربه المعاني فيقوم بعضها مقام بعض ولو قال
لها انت علي كامي او مثل امي يرجع الى نيته فان نوى به الطلاق كان
طلاقا وان نوى به اليمين كان ايلا لان اللفظ يحتمل كل ذلك اذ هو
تشبيه المراه بالام فيحتمل التشبيه في الكرامة والمنزله اي انت
علي في المنزله والكرامة كامي ويحتمل التشبيه في الحرمه ثم يحتمل
ذلك حرمة الظهار ويحتمل ذلك حرمة الطلاق ويحتمل حرمة اليمين
فاي ذلك نوى فقد نوى ما يحتمله لفظه فيكون على ما نوى وان لم
يكن له نيه لا يكون ظهارا عند ابي حنيفه رحمه الله وهو قول ابو
يوسف الا ان عند ابي حنيفه لا يكون شيا وعند ابي يوسف رحمه الله
يكون تحريم اليمين وعند محمد رحمه الله يكون ظهارا **احتج** محمد بقوله
تعالى في اية الظهار ردا على المظاهرين ما هن امهاتهم ذكر الام
ولم يذكر ظهر الام فدل ان تشبيه المراة بالام وهو قوله انت علي
كامي ظهار حقيقه كقوله انت علي كظهر امي بل اولى لان قوله انت
علي كظهر امي تشبيه المراة بعضو من اعضايها وقوله انت علي
كامي تشبيه بكلها ثم ذاك لما كان ظهارا فهذا اولى ولان كاف
التشبيه يختص بالظهار فعند الاطلاق يحمل عليه **وجه قولهما**
ان هذا اللفظ يحتمل الظهار وغيره احتمالا على السوا لما ذكرنا فلا
يتعين الظهار الا بدليل معين ولم يوجد الا ان ابا يوسف يقول

يحمل على تحريم اليمين لان الظاهر انه اراد بهذا التشبيه التشبيه في التحريم ه
وقد يحتمل تحريم الطلاق وتحريم اليمين الا ان تحريم اليمين ادنى فيحمل عليه ه
والجواب انا لا نسلم انه اراد به التشبيه الا في التحريم بل هو محتمله
يحتمل الحرمة وغيرها فلا يتعين التحريم من غير دليل سيما ان معنى الكرامة
والمنزلة ادنى فيحمل مطلق التشبيه عليه وما ذكره محمد رحمه الله ان الله
تعالى ذكر الامهات ذكر الامهات لا ظهور الامهات قلنا هذا
لا يدل على ان التشبيه بالام ظهارا حقيقة لانه لو كان كذلك لقال
ما هن كامهاتهم لانه شبهها بالام لا انه اثبت الامومية لها ولو
قال انت علي حرام كامي حمل على نيته لانه اذا ذكر مع التشبيه التحريم
لم يحتمل معنى الكرامة فتعين التحريم ثم هو محتمل يحتمل الظهار ويحتمل تحريم
الطلاق ويحتمل تحريم الطلاق والايلاء فيرجع الى نيته فان لم يكن
له نية يكون ظهارا لان حرف التشبيه يختص بالظهار ومطلق ه
التحريم يحمل عليه ولو قال انت علي حرام كظهر امي فان نوى الظهار
او لا نية له اصلا فهو ظهار وان نوى الطلاق لم يكن الا ظهارا ه
في قول ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يكون ه
طلاقا وظهارا وجه قولهما ان قوله انت علي حرام يحتمل الطلاق كما يحتمل
الظهار فاذا نوى به الطلاق فقد نوى به ما يحتمله لفظه فصحت
نيته وجه قول ابي حنيفة رحمه الله انه لما قال بعد قوله حرام ه
كظهر امي فقد فسر التحريم بتحريم الظهار فزال الاحتمال فكان
صريحا في الظهار فلا تعمل فيه النية وما روي عن ابي يوسف رحمه
الله غير سديد لانه حمل اللفظ الواحد على معنيين مختلفين
واللفظ الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين ولو قال انت علي حرام ه
كالميتة او كالدم او كالخمر او كلحم الخنزير يرجع الى نيته فان نوى
الطلاق كان طلاقا وان نوى التحريم او لا نية له يكون يمينا ويصير
موليا فان قال عنيت به الكذب لم يكن شيئا ولا يصدق في نفي اليمين
في القضاء وقد ذكرنا المسئلة في كتاب الطلاق في فصل الايلاء ه
والله الموفق للصواب

فصل

واما الذي يرجع الى المظاهر ه
منه فمنها ان تكون زوجته وهي ان تكون مملوكة له بملك النكاح
فلا يصح الظهار من الاجنبية لعدم الملك ويصح ظهار زوجته تنجيزا
وتعليقا واضافة الى وقت بان قال لها انت علي كظهر امي راس شهر
كذا لقيام الملك وتعليقا بان قال لها ان دخلت الدار او ان كلمت
فلانا فانت علي كظهر امي لوجود الملك وقت اليمين واما تعليقه بالملك

ان قوله انت

وهو

وهو اضافة الى سبب الملك فصحيح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله ه
بان قال لاجنبية ان تزوجتك فانت علي كظهر امي حتى لو تزوجها صار
مظاهرا عندنا لوجود الاضافة الى سبب الملك وعنده لا يصح لعدم الملك
للحال ولو قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت علي كظهر امي لا يصح حتى
لو تزوجها فدخلت الدار لا يصير مظاهرا بالاجماع لانعدام الملك ه
والاضافة الى سبب الملك وعلى هذا يخرج الظهار من الامة والمدبرة
وام الولد وولد ام الولد والمكاتبة والمستسعاة على اصل ابي حنيفة
انه لا يصح لعدم الزوجية وانما كانت الزوجية شرطا لصحة الظهار
لان ثبوت الحرمة بلفظ الظهار امر ثبت تعبدا غير معقول المعنى لان قوله
انت علي كظهر امي تشبيه المراة بالام وانه يحتمل التشبيه في الكرامة
والمنزلة ويحتمل الحرمة ثم التشبيه في الحرمة يحتمل ايضا يحتمل حرمة
الظهار وهي الحرمة الموقتة بالكفارة ويحتمل حرمة الطلاق وحرمة
اليمين وهذه الوجوه كلها في احتمال اللفظ سواء فلا يجوز تنزيله
على بعض الوجوه من غير دليل معين الا ان هذه الحرمة ثبتت شرعا
غير معقول فيقتصر على مورد الشرع وهي الزوجية قال
الله تعالى الذين يظاهرون من نسائهم والمراد منه الزوجات
كما في قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم وقوله وامهات نسائكم
وقوله وامهات نسائكم وقوله نساؤكم حرث لكم ونحو ذلك وسواء
كانت الزوجة حرة او امة قنة او مدبرة او ام ولد او ولد ام ولده ه
او مكاتبة او مستسعاة على اصل ابي حنيفة لعموم قوله تعالى والذين
يظاهرون من نسائهم ومنها قيام ملك النكاح من كل وجه فلا
يصح الظهار من المطلقة ثلاثا ولا من المبانة والمختلعة وان كان
في العدة بخلاف الطلاق لان المختلعة والمبانة يلحقها صريح الطلاق
لان الظهار تحريم وقد ثبتت الحرمة بالابانة والخلع وتحريم المحرم
محال ولانه لا يفيد لان الثاني لا يفيد الا ما افاده الاول
فيكون عبثا لخلوه عن العاقبة الحميدة بخلاف الطلاق لان الطلاق
ازالة حل المحلية وانه قائم بعد الابانة فلم يكن اثبات الثابت
فلم يكن مستحيلا وكذا الثاني يفيد غير ما افاده الاول وهو
نقصان العدد وهو الفرق بين الفصلين وكذلك اذا علق
الظهار بشرط ثم ابانها قبل وجود الشرط ثم وجد الشرط وهي
في العدة انه لا ينزل الظهار بخلاف ما اذا علق الابانة بشرط
فنجز الابانة ثم وجد الشرط وهي في العدة انه يلحقها البائن
المعلق لما ذكرنا ان الظهار تحريم والمبانة محرمة فلو لحقها الظهار

بيمين كانت قبل الابانة لكان تحريم المحرم وانه يستحيل ثم هو غير مفيد ٥
فاستوا فيه الظهار المبتدا والمعلق بشرط بخلاف البينونة المعلقة
بشرط لان ثبوتها بعد تنجيز الابانة غير مستحيل وهو مفيد ايضا
وهو نقصان العدد والله الموفق **ومنها** ان يكون الظهار مضافا
الى بدن الزوجة او الى عضو منها جامع او شايع وهذا عندنا وعند
الشافعي رحمه الله هذا ليس بشرط ويصح الاضافة اليها والى كل عضو
منها **وعلى هذا** يخرج ما اذا قال لها راسك علي كظهر امي او وجهك
او رقبتك او فرجك انه يصير مظاهرا لان هذه الاعضا يعبر
بها عن جميع البدن فكانت الاضافة اليها اضافة الى جميع البدن
وكذا اذا قال لها ثلثك علي كظهر امي او ربعك او نصفك ونحو ذلك
من الاجزا الشايعة ولو قال يدك او رجلك او اصبعك لا يصير
مظاهرا عندنا خلافا للشافعي رحمه الله **واختلف** مشايخنا في الظهر
والبطن وهذه الجملة قد عرفت في كتاب الطلاق والله اعلم ٥

فصل واما الذي يرجع الى المظاهر به **فمنها** ان يكون
من جنس النسا حتى لو قال لها انت علي كظهر ابي او ابني لا يصح لان الظهار
عرف موجبا للحرمة بالشرع والشرع انما ورد بها فيما اذا كان المظاهر
به امراة **ومنها** ان يكون عضوا لا يحل له النظر اليه من الظهر والبطن
والفخذ والفرج حتى لو شبهها براس امه او بوجهها او يدها او
رجلها لا يصير مظاهرا لان هذه الاعضا من امه يحل له النظر
اليها **ومنها** ان يكون هذه الاعضا من امراة يحرم نكاحها عليه
على التابيد سوا حرمت عليه بالرحم كالام والبنت والاخت
وبنت الاخ والعمة والخالة او بالرضاع او بالصهرية كامراة
ابيه وحليلة ابنه لانه يحرم عليه نكاحهن على التابيد وكذا ام
امراته سوا كانت امراته مدخولا بها او غير مدخول بها لان
نفس العقد على البنت محرم للام فكانت محرمة عليه على التابيد
واما بنت امراته فان كانت امراته مدخولا بها فكذلك لانه
اذا دخل بها فقد حرمت عليه ابنتها وان كانت غير مدخول بها
لا يصير مظاهرا لعدم الحرمة على التابيد ولو شبهها بظهر ٥
امراة زنا بها ابوه او ابنه قال ابو يوسف رحمه الله يصير مظاهرا
وقال محمد رحمه الله ليس بمظاهر بنا على ان قاضيا لو قضى بجواز
نكاح امراة زنا بها ابوه او ابنه لا ينفذ قضاوه عند ابي يوسف
حتى لو رفع الى قاض اخر ابطله فكانت محرمة النكاح على التابيد
وعند محمد رحمه الله ينفذ قضاوه وليس للقاضي الثاني ان يبطله

اذا رفع اليه فلم تكن محرمة على التابيد **وجه قول ابي يوسف** ان حرمة
نكاح موطوءة الاب منصوص عليها قال الله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباوكم
من النسا لان النكاح في اللغة الضم وحقيقة الضم في الوطي فلم يكن هذا
محل الاجتهاد اذ الاجتهاد المخالف للنص باطل والقضا بالجواز ٥
يكون مخالفا للنص فكان باطلا بخلاف ما اذا شبهها بامراة قد فرق بينه
وبينها باللعان انه لا يكون مظاهرا وان كان لا يجوز له نكاحها
عندي لانه لو حكم حاكم بجواز نكاحها جاز لان حرمة نكاحها غير ٥
منصوص عليه فلم تكن محرمة عليه **وجه قول محمد** رحمه الله ان جواز
نكاح هذه المراة مجتهد فيه ظاهر الاجتهاد وانه جايز عند الشافعي
رحمه الله وقد ظهر الاختلاف فيه في السلف فكان محل الاجتهاد
وظاهر النص يحتمل التاويل فكان للاجتهاد فيه مساغا وللراي مجال
ولو شبهها براي بظهر امراة هي ام المزني بها او بنت المزني بها
محرمة على التابيد ولو قبل اجنبية بشهوة او نظر الى فرجها بشهوة
ثم شبه زوجته بابنتها لم يكن مظاهرا عند ابي حنيفة ولا يشبه
هذا الوطي ان الوطي ابين واظهر عنه بذلك انه لو شبه زوجته بنت
زوجته بنت موطوءته لا يصير مظاهرا فهذا اولى لان التقبيل
واللمس والنظر الى الفرج سبب يفضي الى الوطي فكان دون حقيقة
الوطي فلما لم يصر مظاهرا بذاك فبهذا اولى وعند ابي يوسف
رحمه الله يكون مظاهرا لان الحرمة بالنظر منصوص عليها قال
النبي صلى الله عليه وسلم من كشف خمار امراة ونظر الى فرجها
حرمت عليه امها وابنتها **وعلى هذا** يخرج ما اذا شبهها بامراة
محرمة عليه في الحال وهي ممن تحل له في حال اخرى كاخت امراته
او امراة لها زوج او مجوسية او مرتدة لا يكون مظاهرا لانها
محرمة على التابيد والله اعلم بالصواب واليه المرجع والماب

فصل واما حكم الظهار فللظهار احكام **منها** حرمة
الوطي قبل التكفير لقوله تعالى والذين يظهرون من نسائهم ثم
يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا اي فالتحرير واكما
في قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن اي ليرضعن وقوله
والمطلقات يتربصن بانفسهن اي ليتربصن امر المظاهر بتحرير رقبة
قبل المسيس فلو لم يحرم الوطي قبل المسيس لم يكن للامر بتقديم التحرير
قبل المسيس معنى وهو كقوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا ناجيتم
الرسول فقدموا بين يدي نجواكم صدقة وانه يدل على حرمة النجوى
قبل الصدقة اذ لو لم يحرم لم يكن للامر بتقديم الصدقة على النجوى

معنى فكان اهدا **وروي** ان سلمه بن صخر البياضي انه ظاهر من امراته ثم ابصرها
في ليلة قمراء وعليها خلخال فضه فاعجبته فوطئها فسال رسول الله صلى
الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم استغفر الله تعالى
ولا تعد حتى تكفر امره بالاستغفار والاستغفار انما يكون عن الذنب فدل
على حرمة الوطي وكذا نهي المظاهر عن العود عن الجماع ومطلق النهي للتحريم
فيدل على حرمة الجماع قبل الكفاره **وروي** عن ابن عباس رضي الله عنه
انه قال اذا قال انت علي كظهر امي لم تحل له حتى يكفر **ومنها** حرمة
الاستمتاع بها من المباشرة والتقبيل واللمس عن شهوة والنظر الى
فرجها عن شهوة قبل ان يكفر لقوله تعالى قبل ان يتماسا واحق ما يقع عليه
اسم التماس هو المس هو اللمس باليد اذ هو حقيقة لهما جميعا اعني
الجماع واللمس باليد لوجود معنى المس فيهما ولان الاستمتاع داع الى
الجماع فاذا حرم الجماع حرمت الدواعي اليه اذ لو لم يحرم لادى الى
التناقض ولهذا حرم في الاستبرا والاحرام بخلاف الحيض والنفاس
لان الاستمتاع هناك لا يفضي الى الجماع لوجود المانع وهو استعمال
الاذى فامتنع عمل الداعي للتعارض فلا يفضي الى الجماع لوجود المانع
وهو استعمال الاذى فامتنع عمل الداعي للتعارض فلا يفضي الى الجماع
ولان هذه الحرمة انما حصلت بالتشبيه فكانت قبل انتهائها بالتكفير
وحرمة الاستبرا سوا وحرمة تلك الحرمة تمنع من الاستمتاع كذا هذه
ولان الظهار كان طلاق الثلاث في الجاهليه فنقله الشرع من تحريم
المحل الى تحريم الفعل فكانت حرمة الفعل في المظاهر منها مع بقا النكاح
كحرمة الفعل في المطلقه بعد زوال النكاح وتلك الحرمه تعم كل البدن
كذا هذه ولا ينبغي للمراه اذا ظاهر منها زوجها ان تدعه يقربها ه
بالوطي والاستمتاع حتى يكفر لان ذلك حرام عليه والتمكين من الحرام
حرام **ومنها** ان للمراة ان تطالبه بالوطي واذا طالبته فعلى الحاكم
ان يجبره حتى يكفر ويطا لانه بالتحريم بالظهار اضر بها حيث منعها
حقها في الوطي مع قيام الملك وكان لها المطالبه بايفا حقها ودفع الضرر
عنها وفي وسعه ايفا حقها بازالة الحرمه بالكفاره فيجب عليه ذلك
ويجبر عليه لو امتنع ويستوي في هذه الاحكام جميع انواع هذه الكفارات
كلها الاعتاق والصيام والاطعام اعني انه كما لا يباح له وطيها والاستمتاع
بها قبل التحرير والصوم لا يباح له قبل الاطعام وهذا قول عامة العلما
وقال مالك رحمه الله ان كانت كفارته الاطعام جاز له ان يطاها قبله ه
لان الله تعالى ما شرط تقدم هذا النوع على المسيس في كتابه **الا ترى** انه لم
يذكر فيه من قبل ان يتماسا وانما شرط في النوعين الاولين فقط فيقتصر

الشرط على الموضع المذكور **ولنا** انه لو ابيح له الوطي قبل الاطعام فيطاوها
ومن الجائز انه يقدر على الاعتاق او الصيام في خلال الاطعام فتنتقل كفارته
اليه فيتبين ان وطيها كان حراما فيجب صيانته عن الحرام بايجاب تقديم
الاطعام احتياطا **وعلى هذا** يخرج ما اذا ظاهر الرجل من اربع نسوه له
ان عليه اربع كفارات سوا ظاهر منهن بالفاظ مختلفه او بقول واحد ه
وقال الشافعي رحمه الله اذا ظاهر بكلمة واحدة فعليه كفارة واحده
وجه قوله ان الظهار احد نوعي التحريم فيعتبر بالنوع الاخر وهو الايلا
وهناك لا يجب الا كفارة واحدة بان قال لنسائه الاربع والله لا اقربكن
فقربهن فكذا ههنا **ولنا** الفرق بين الظهار وبين الايلا وهو
ان الظهار وان كان بكلمة واحده فانها تتناول كل واحدة منهن على حيالها
فصار مظاهرا من كل واحدة منهن والظهار تحريم لا يرتفع الا بالكفارة ه
فاذا تعدد التحريم تتعدد الكفارة بخلاف الايلا لان الكفارة ثمه
تجب لحرمة اسم الله تعالى جبرا لهتكه والاسم اسم واحد فلا يجب الا كفاره واحده
وكذلك اذا ظاهر من امراة واحده باربعة اقوال يلزمه اربع كفارات لانه
اتى باربع تحريمات ولو ظاهر من امراة واحدة في مجلس واحد ثلاثا او اربعا
فان لم يكن له نيه فعليه لكل ظهار كفارة لان كل ظهار يوجب تحريما لا يرتفع
الا بالكفاره **فان قيل** انها اذا حرمت بالظهار الاول فكيف تحرم بالثاني
والثالث والرابع وانه محال ثم هو غير مفيد **فالجواب** ان
الثاني ان كان لا يفيد تحريما جديدا فانه يفيد تاكيد الاول فليس تعدد
الظهار في التحريم امكن اظهاره في التكفير فكان مفيدا فايدة التكفير
وان نوى الظهار الاول فعليه كفارة واحده لان صيغته صيغة
الخبر وقد يكرر الانسان اللفظ على ارادة التغليظ والتشديد ه
دون التجديد والظهار لا يوجب نقصان العدد في الطلاق لانه
ليس بطلاق ولا يوجب البينونه وان طالت البينونه وان طالت المده
لانه لا يوجب زوال الملك وانما يحرم الوطي قبل التكفير مع قيام الملك
وان جامعها قبل ان يكفر لا يلزمه كفاره اخرى وانما عليه التوبة ه
والاستغفار ولا يجوز ان يعود ما لم يكفر لما روينا ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال لذلك الرجل الذي ظاهر من امراته فواقعها قبل ان
يكفر استغفر الله ولا تعد حتى تكفر امره بالاستغفار لما فعل وبالكفاره
ونهاه عن العود اليه الا بتقدم الكفاره عليه **واما** بيان ما ينتهي
به حكم الظهار او يبطل فحكم الظهار ينتهي بموت احد الزوجين لبطلان
محل حكم الظهار او يبطل فحكم الظهار ولا يتصور بقا الشي في غير محله ه
وينتهي بالكفارة وبالوقت ان كان موقتا وبيان ذلك ان الظهار لا يخلو

اما ان كان مطلقا واما ان كان موقتا فالمطلق كقوله انت علي كظهر امي وحكمه
لا ينتهي الا بالكفاره لقوله صلي الله عليه وسلم لذلك المظاهر استغفر
الله ولا تعد حتي تكفر وهو نهاه عن الجماع ومده الي غاية التكفير فيمتد اليها ولا يبطل
ببطلان ملك النكاح ولا يبطل حل المحلية حتي لو ظاهر منها ثم طلقها طلاقا
باينا ثم تزوجها لا يحل له وطيها والاستمتاع بها حتي يكفر وكذا اذا
كانت زوجته امة فظاهر منها ثم اشتراها حتي بطل النكاح بملك
اليمين وكذا اذا كانت حرة فارتدت عن الاسلام ولحقت بدار الحرب
فسبيت ثم اشتراها وكذا اذا ظاهر منها ثم ارتد عن الاسلام
في قول ابي حنيفه واختلفت الروايه عن ابي يوسف علي ما ذكرنا في الايلا
وكذا اذا طلقها ثلاثا فتزوجت بزوج اخر ثم عادت الي الاول ه
لا يحل له وطيها بدون تقديم الكفاره عليه لان الظهار قد انعقد
موجبا حكمه وهو الحرمه **والاصل** ان التصرف الشرعي اذا انعقد
مفيدا لحكمه ففي بقايه احتمال الفايده او وهم الفايده يبقي لفايدة
محتمله او موهومه اصله الاباق الطاري علي البيع واحتمال العود
ههنا قايم واذا بقي يبقي علي ما انعقد عليه وهو ثبوت حرمة
لا ترتفع الا بالكفاره وان كان موقتا بان قال لها انت علي ه
كظهر امي يوما او شهرا او سنة صح التاقيت وينتهي بانتهاء
الوقت بدون الكفاره عند عامة العلما وهو احد قولي الشافعي
وفي قوله الاخر وهو قول مالك يبطل التاقيت ويتابد الظهار
وجه قوله ان الظهار اخت الطلاق اذ هو احد نوعي التحريم ثم ه
تحريم الطلاق لا يحتمل التاقيت كذا تحريم الظهار **ولنا** ان تحريم
الظهار اشبه بتحريم اليمين من الطلاق لان الظهار تحله الكفاره
كاليمين تحلها الحنث ثم اليمين تتوقت كذا الظهار بخلاف الطلاق
لا يحله شي فلا يتوقت والله اعلم **فصل واما** بيان كيفيه
الظهار فالكلام فيه يقع في مواضع **في** تفسير كفارة الظهار **وفي**
بيان شرط وجوبها **وفي** بيان شرط جوازها **اما** تفسيرها فما ذكره
الله تعالي في الكتاب العزيز من احد الانواع الثلاثه لكن علي الترتيب
الاعتاق ثم الصيام ثم الاطعام **واما** سبب وجوب الكفاره
فلا خلاف في ان الكفاره لا تجب الا بعد وجود الظهار والعود لقوله
تعالي والذين يظهرون من نسايهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة
من قبل ان يتماسا غير انه اختلف في العود **قال** اصحاب الظواهر
هو ان يكون لفظ الظهار وقال الشافعي رحمه الله هو امساك ه
المراة علي النكاح بعد الظهار وهو ان يسكت عن طلاقها عقيب الظهار

كتابه

مقدار ما يمكنه طلاقها فيه فاذا امسكها علي النكاح عقيب الظهار قدر
ما يمكنه ان يطلقها فيه فلم يطلقها فقد وجبت عليه الكفاره علي وجه
لا يحتمل السقوط بعد ذلك سوا عاشت او ماتت واذا عاشت فسوا
طلقها او لم يطلقها راجعها او لم يراجعها ولو طلقها عقيب الظهار
بلا فصل يبطل الظهار ولا تجب الكفاره لعدم امساك المراة عقيب
الظهار وقال اصحابنا رحمهم الله العود هو العزم علي وطيها ه
عزما موكدا حتي لو عزم ثم بدا له في ان لا يطاها لا كفارة عليه ه
لعدم العزم الموكد لا انه وجبت الكفاره بنفس العزم ثم سقطت
كما قال بعضهم لان الكفاره بعد سقوطها لا تعود الا بسبب جديد
وجه قول اصحاب الظواهر التمسك بظاهر لفظة العود لان
العود في القول عبارة عن تكراره قال الله تعالي الم تر الي الذين نهوا
عن النجوي ثم يعودون لما نهوا عنه فكان معني قوله ثم يعودون
لما قالوا فتحرير رقبة يقتضي وجوب الكفارة بعد العود وذلك ه
فيما قلنا لا فيما قلتم لان عندكم لا تجب الكفارة وانما يحرم الوطي الي
ان تودي الكفارة فترتفع الحرمه وهذا خلاف النص **ولنا**
ان قول القايل قال فلان كذا ثم عاد قال في اللغة يحتمل ان يكون
معناه عاد الي ما قال وفيما قال اي كرره ويحتمل ان يكون معناه
عاد لنقض ما قال **فانه حكي** ان اعرابيا تكلم بين يدي الاصمعي ه
بانه كان يبني بنا ثم يعود له فقال له الاصمعي ما اردت بقولك
اعود له فقال له انقضه ولا يمكن حمله علي الاول وهو التكرار لان
القول لا يحتمل التكرار ولان التكرار اعادة عين الاول ولا يتصور
ذلك في الاعراض لكونها مستحيلة البقا فلا يتصور اعادتها وكذا
النبي صلي الله عليه وسلم لما امر اوسا بالكفاره لم يسأله انه
كرر الظهار ام لا ولو كان ذلك شرطا لسأله اذ الموضع موضع ه
اشكال وكذا الظهار الذي كان متعارفا بين اهل الجاهليه لم يكن
فيه تكرار القول واذا تعذر حمله علي الوجه الاول حمل علي الوجه
الثاني وهو العود لنقض ما قالوا وفسخه فكان معناه ثم يرجعون
عما قالوا وذلك بالعزم علي الوطي لان ما قال المظاهر هو تحريم
الوطي وهذا نقيض تحليله فبطل تاويل الشافعي العود بامساك المراة
واستبقا النكاح لان ما قال المظاهر هو تحريم الوطي فكان العود
امساك المراة لا يعرف عودا في اللغه ولا امساك شي من الاشيا يتكلم
فيه بالعود ولان الظهار ليس رفع النكاح حتي يكون العود لما
قاله استبقا النكاح فبطل تاويل العود بالنكاح بالامساك علي النكاح

ثم يعودون لما قالوا اي ثم يرجعون عما قالوا من تحريم الوطي وهو نقيض تحليله وجه قول الشافعي ان قوله تعالي والذين يظهرون من نسايهم ثم يعودون ... [حاشية]

والدليل على بطلان هذا التاويل ان الله تعالى قال ثم يعودون لما قالوا
وثم للتراخي فمن جعل العود عبارة عن استيفاء النكاح وامساك المراة
عليه فقد جعله عايدا عقيب القول الاول بلا تراخي وهذا خلاف النص
اما قوله ان النص يقتضي وجوب الكفارة وعندكم لا تجب الكفارة
اذا عزم على الوطي وقام اليها كانه قال اذا عزمتم على الوطي فكفروا
قبله كما قال تعالى اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم
وقوله اذا ناجيتم الرسول فقدموا ونحو ذلك واختلف اصحابنا
في سبب وجوب هذه الكفارة قال بعضهم انها تجب بالظهار والعود
جميعا لان الله تعالى علقها بهما بقوله والذين يظهرون من
نسايهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة وقال بعضهم سبب
الوجوب هو الظهار والعود شرط لان الظهار ذنب **الا ترى**
ان الله تعالى جعله منكرا من القول وزورا والحاجة في رفع الذنب
والزجر عنه في المستقبل ثابتة فتجب الكفارة لانها رافعة
للذنب او زاجرة عنه **و** الدليل عليه انه يضاف الكفارة الى
الظهار لا الى العود يقال كفارة الظهار **والاصل** ان الاحكام
تضاف الى اسبابها لا الى شروطها وقال بعضهم سبب الوجوب هو
العود والظهار شرط لان الكفارة عبادة والظهار محظور
محض فلا يصلح سببا لوجوب العبادة وقال بعضهم كل واحد منهما
شرط وسبب الوجوب امر ثالث وهو كون الكفارة طريقا
متعينا لايفا الواجب وكونه قادرا على الايفا لان ايفا حقها
في الوطي واجب ويجب عليه في الحكم ان كانت بكرا او ثيبا لا يفا
حقها وعند بعض اصحابنا يجب في الحكم ايضا حتى يجبر عليه ولا يمكنه
ايفا الواجب الا برفع الحرمة ولا ترتفع الحرمة الا بالكفارة فتلزمه
الكفارة ضرورة ايفا الواجب على الاصل المعهود ان ايجاب الشي
ايجاب لما لا يتوصل اليه الا به كالامر باقامة الصلاة
يكون امرا بالطهارة ونحو ذلك والله اعلم **واما** شرط وجوبها
فالقدرة على ادايها لاستحالة وجوب الفعل بدون القدرة
عليه فلا تجب على غير القادر وكذا العود او الظهار وكلاهما
على حسب اختلاف المشايخ فيه على ما مر **واما** شرط جوازها
فلجواز هذه الكفارة من الانواع الثلاثة اعني الاعتاق
والصيام والاطعام شرايط نذكرها في كتاب الكفارات ان شا الله
تعالى تم كتاب الظهار وبالله التوفيق

كتاب اللعان

قال رحمه الله **الكلام** في اللعان يقع في مواضع **في** بيان صورة اللعان
وكيفيته **وفي** بيان صفة اللعان **وفي** بيان سبب وجوبه **وفي** بيان
شرايط الوجوب والجواز **وفي** بيان ما يظهر به سبب الوجوب
عند القاضي **وفي** بيان معنى اللعان **وفي** بيان ما يسقط اللعان
بعد وجوبه وبيان حكمه اذا سقط مع وجود القذف **اما**
صورة اللعان وكيفيته فالقذف لا يخلو اما ان يكون بالزنا
واما ان يكون بنفي الولد فان كان بالزنا فينبغي للقاضي ان يقيمهما
بين يديه متماثلين فيامر الزوج اولا ان يقول اربع مرات
اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به ويقول في المرة
الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رميتها
به من الزنا **ثم** يامر المراة ان تقول اربع مرات اشهد بالله
انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتقول في الخامسة
غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا
هكذا ذكر في ظاهر الرواية **وروي** الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله
انه يحتاج الى لفظ المواجهة فيقول الزوج فيما رميتك به من
الزنا وتقول المراة فيما رميتني به من الزنا وهو قول زفر
رحمه الله **ووجهه** ان خطاب الغايبة فيه احتمال لانه يحتملها
ويحتمل غيرها ولا احتمال في خطاب المواجهة فالاتيان بلفظ
لا احتمال فيه اولى **والجواب** انه لما قال اشهد بالله اني لمن
الصادقين فيما رميتها به من الزنا واشار اليها فقد زال الاحتمال
لتعينها بالاشارة فكان لفظ المواجهة والمغايبة فيه سوا
وان كان بنفي الولد فقد ذكر الكرخي رحمه الله ان الزوج
يقول في كل مرة فيما رميتك به من نفي الولد وتقول المراة فيما
رميتني به من نفي ولدي **و** ذكر الامام ابو جعفر الطحاوي رحمه الله تعالى
ان الزوج يقول في كل مرة فيما رميتها به من الزنا في نفي
ولدها وتقول المراة فيما رماني به من الزنا في نفي ولدي
وروى هشام عن محمد رحمهما الله انه قال اذا لاعن الرجل
بولد قال في اللعان اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به
من الزنا بان هذا الولد ليس مني وتقول المراة اشهد بالله انك
لمن الكاذبين فيما رميتني به من الزنا بان هذا الولد ليس
منك **و** ذكر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله في نوادره انه اذا نفى الولد
يشهد بالله الذي لا اله الا هو انه لصادق فيما رماها به من
الزنا ونفي هذا الولد قال الشيخ ابو الحسين احمد بن القدوري

وهذا ليس باختلاف رواية وانما هو اختلاف حال القذف فان كان
القذف من الزوج هذا الولد ليس مني يكتفي في اللعان ان يقول
فيما رميتك به من نفي الولد لانه ما قذفها بالامرين جميعا وانما
بدا بالرجل لقوله تعالى والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم
شهدا الا انفسهم فشهادة احدهم والفا للتعقيب فيقتضي ان
يكون لعان الزوج عقيب القذف فيقع لعان المراة بعد
لعانه وكذا روي انه لما نزلت اية اللعان واراد رسول
الله صلى الله عليه وسلم ان يجري اللعان على ذينك الزوجين
بدا بلعان الرجل وهو قدوة ولان لعان الزوج وجب حقا
لها لان الزوج الحق بها العار بالقذف فهي تطالبه اياه
باللعان لتدفع العار عن نفسها ودفع العار عن نفسها حقها
وصاحب الحق اذا طالب من عليه الحق باقامته لا يجوز له
التاخير كمن عليه الدين فان اخطا الحاكم فبدا بالمراة ثم
بالرجل فينبغي له ان يعيد اللعان على المراة لان اللعان
شهادة فالمراة بشهادتها تدفع شهادة الزوج فلا يصح
قبل وجود شهادته وهذا في باب الدعاوي تبدا بشهادة
المدعي عليه ثم بشهادة المدعى عليه بطريق الدفع له
كذا هاهنا فان لم يعد اللعان حتى فرق بينهما نفذت
الفرقة لان تفريقه صادف محل الاجتهاد لانه يزعم ان اللعان
ليس بشهادة بل هو يمين ويجوز تقديم احد اليمينين على
الاخرى كتحالف المتداعيين انه لا يلزم مراعاة الترتيب
فيه بل يجوز تقديم احدهما ايما كان فكان تفريقه في موضع
الاجتهاد فينفذ والقياس ليس بشرط كذا روي الحسن انه
قال لا يضره قايما لاعن او قاعدا لان اللعان اما يعتبر
فيه معنى الشهادة واما ان يعتبر فيه معنى اليمين او ه
يعتبر فيه معنى الشهادة المعنيان جميعا والقيام ليس
بلازم فيهما الا انه يندب لان رسول الله صلى الله عليه وسلم
ندب عاصما وامراته اليه فقال يا عاصم قم فاشهد بالله ه
وقال لامراته قومي فاشهدي بالله لان اللعان من جانبه ه
قايم مقام حد القذف ومن جانبها قايم مقام حد الزنا ه
والسنة في الحدود اقامتها على الاشتهار والاعلان والقيام
اقرب الى ذلك والله الموفق **فصل** واما صفة اللعان
فله صفات **منها** انه واجب عندنا وقال الشافعي ليس بواجب

انما الواجب على الزوج بقذفها الحد الا ان له ان يخلص نفسه عنه
بالبينة او باللعان والواجب على المراة اذا لاعن الزوج وهو
حد الزنا ولها ان تخلص نفسها عنه باللعان عندنا واذا طالبته
يجبر عليه ولو امتنع يحبس لامتناعه عن الواجب عليه كالممتنع
من قضاء الدين فيحبس حتى يلاعن او يكذب نفسه وعنده ليس
لها ولاية المطالبة باللعان ولا يجبر عليه ولا يحبس لو امتنع
بل يقام عليه الحد وكذا اذا التعن الرجل تجبر المراة على
اللعان ولو امتنعت تحبس حتى تلاعن او تقر بالزنا عندنا
وعنده لا تجبر ولا تحبس بل يقام عليها الحد **احتج الشافعي بقوله**
تعالى الذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهدا
فاجلدوهم ثمانين جلدة اوجب الحد على القاذف من غير
فصل بين الزوج وغيره الا ان القاذف اذا كان زوجا له ان
يدفع الحد عن نفسه بالبينة ان كانت له بينة وان لم تكن له
بينة تدفعه باللعان فكان اللعان مخلصا له عن الحد
وقوله تعالى ويدرؤ عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات
بالله جعل لعانها دفعا لحد الزنا عنها اذ الدرء هو الدفع
لغة فدل ان الحد وجب عليها بلعانه ثم تدفعه بلعانها
ولانه بلعانه يظهر صدقه في القذف لان الظاهر انه
لا يلاعن الا وان يكون صادقا في قذفه فيجب عليها الحد
الا ان لها ان تخلص نفسها عنه باللعان لانها اذا لاعنت وقع
التعارض فلا يظهر صدق الزوج في القذف فلا يقام عليها
الحد **ولنا** قوله تعالى والذين يرمون ازواجهم ولم يكن
لهم شهدا الا انفسهم فشهادة احدهم اربع شهادات بالله انه
اي فليشهد احدهم اربع شهادات بالله جعل موجب قذف ه
الزوجات اللعان فمن اوجب الحد فقد خالف النص ولان الحد
انما يجب لظهور كذبه في القذف وبالامتناع من اللعان ه
لا يظهر كذبه اذ ليس كل من امتنع من الشهادة او اليمين ه
يظهر كذبه فيه بل يحتمل انه امتنع عنه صونا لنفسه عن
اللعن والغضب والحدود لا تجب مع الشبهة فكيف تجب مع
الاحتمال ولان الامتناع من اليمين بذل واباحة والاباحة
لا تجري في الحدود فان من اباح الحاكم ان يقيم عليه الحد لا يجوز
له ان يقيم واما اية القذف فقد قيل ان موجب القذف
في الابتدا كان هو الحد في الاجنبيات والزوجات جميعا

ثم نسخ في الزوجات وجعل موجب قذفهن اللعان باية اللعان ٥ والدليل عليه ما روي عن ابن مسعود انه قال كنا جلوسا في المسجد ليلة الجمعة فجاء رجل من الانصار فقال يا رسول الله ارايتم الرجل يجد مع امراته رجلا فان قتله فتقتلونه وان تكلم به جلدتموه وان امسك امسك على غيظ ثم جعل يقول اللهم افتح فنزلت اية اللعان دل قوله وان تكلم به جلدتموه على ان موجب قذف الزوجة كان الحد قبل نزول اية اللعان ثم نسخ في الزوجات باية اللعان فينسخ الخاص المتاخر العام المتقدم بقدره وهو مذهب عامة مشايخنا وعند الشافعي رحمه الله يبني العام على الخاص ٥ وينبغي ان المراد من الحمل ما وراء قدر الخاص سوا كان الخاص لاحقا او سابقا وسوا علم التاريخ وبينهما زمان يصلح للنسخ ٥ او لا يصلح له او جهل التاريخ بينهما فلم تكن الزوجات داخلة ٥ تحت اية القذف على قوله فكيف يصح احتجاجه بها واما قوله تعالى ويدروا عنها العذاب فلا حجة له فيه لان دفع العذاب يقتضي توجه العذاب لا وجوبه لانه حينئذ يكون رفعا لا دفعا على انه يحتمل ان يكون المراد من العذاب هو الحبس اذ الحبس يسمى عذابا قال الله تعالى في قصة الهدهد لاعذبنه عذابا شديدا او لاذبحنه قيل في التفسير لاسجننه وهذا لان العذاب ينبي عن معنى المنع يقال عذب اي منع واعذب اي امتنع يستعمل لازما ومتعديا ومعنى المنع يوجد في الحبس وهذا مذهبنا انها اذا امتنعت من اللعان تحبس حتى تلاعن او تقر بالزنا فيدرا عنها العذاب وهو الحبس باللعان فقلنا بموجب الاية ومنها انه لا يجري فيه النيابة يحتمل العفو والابرا والصلح لانه في جانب الزوج قايم مقام حد القذف وفي جانبها قايم مقام حد الزنا وكل واحد منهما لا يحتمل العفو والابرا والصلح لما نذكر في الحدود ان شا الله تعالى وكذا لو عفت عنه قبل المرافعة او صالحته على مال لم يصح وعليها رد بدل الصلح ولها ان تطالبه باللعان بعد ذلك كما في قذف الاجنبي ومنها انه لا يجري فيه النيابة حتى لو وكل احد الزوجين باللعان لا يصح التوكيل لما ذكرنا انه بمنزلة الحد فلا يحتمل النيابة كساير الحدود ولانه شهادة او يمين ٥ وكل واحد منهما لا يحتمل النيابة فاما التوكيل بالبينة فجايز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف رحمه الله لا يجوز

و

وتذكر المسئلة في كتاب اللعان ان شا الله تعالى

فصل

واما سبب وجوب اللعان فسبب وجوبه القذف بالزنا وانه نوعان احدهما لغير نفي الولد والثاني بنفي الولد اما الذي لغير نفي الولد فهو ان يقول لامراته يا زانية او زنيت او رايتك تزنين ولو قال لها جومعت جماعا حراما او وطيت وطيا حراما فلا لعان ولا حد لعدم القذف بالزنا ولو قذفها بعمل قوم لوط فلا لعان ولا حد عند ابي حنيفة رحمه وعند ابي يوسف ومحمد يجب اللعان بنا على ان هذا الفعل ليس بزنا عنده فلم يوجد القذف بالزنا وعندهما هو زنا والمسئلة تاتي في كتاب الحدود ان شا الله تعالى ولو كان له اربع نسوة فقذفهن جميعا بالزنا في كلام واحد او قذف واحدا او قذف كل واحدة بالزنا بكلام على حدة فان كان الزوج وهن من اهل اللعان يلاعن في كل قذف مع كل واحدة على حدة لوجود سبب وجوب اللعان في حق كل ٥ واحدة منهن وهو القذف بالزنا وان لم يكن الزوج من اهل اللعان يحد حد القذف ويكتفي بحد واحد عن الكل لان حد القذف يتداخل ولو كان الزوج من اهل اللعان والبعض منهن ليس من اهل اللعان يلاعن من كانت منهن من اهل اللعان لا غير ولو قال لامراته يا زانية بنت الزانية وجب عليه الحد واللعان لانه قذف زوجته وقذف امها وقذف الزوجة يوجب اللعان وقذف الاجنبية يوجب الحد ثم انهما اذا اجتمعا على مطالبة الحد يبدي بالحد لاجل الام لان في البداية به اسقاط اللعان لانه يصير محدودا في القذف فلم يبق من اهل الشهادة واللعان شهادة والاصل ان الحدين اذا اجتمعا وفي البداية باحدهما اسقاط الاخرى يبدي بما فيه اسقاط الاخر لقوله صلى الله عليه وسلم ادروا الحدود ما استطعتم وقد استطعنا درء الحد بهذا الطريق وان لم تطالبه الام وطالبته المراة يلاعن بينهما ويقام حد القذف للام بعد ذلك ان طالبته به كذا ذكر في ظاهر الرواية وذكر الطحاوي رحمه الله انه لا يقام الحد بعد اللعان للام وهذا غير سديد لان المانع من اقامة اللعان في المسئلة الاولى هو خروج الزوج من اهلية اللعان لصيرورته محدودا في القذف ولم يوجد ههنا وكذلك لو كانت امها ميتة فقال لها يا زانية بنت الزانية كان لها المطالبة والخصومة في القذفين لوجوب

اللعان والحد ثم ان خاصمته في القذفين جميعا يبدا بالحد فيحد
للام حد القذف لما فيه من اسقاط اللعان وان لم تخاصم في قذف
امها ولكنها خاصمت في قذف نفسها يلاعن بينهما ويحد للام
لما ذكرنا وكذلك الرجل اذا قذف اجنبية بالزنا ثم تزوجها
وقذفها بالزنا بعد التزوج وجب عليه الحد واللعان لوجود
سبب وجوب كل واحد منهما ثم ان خاصمته في القذفين جميعا
يبدا الحد القذف حتى يسقط اللعان وان لم تخاصم في حد
القذف وخاصمت في اللعان يلاعن بينهما ثم اذا خاصمت
في الحد يحد لما قلنا والله اعلم واما الذي ينفي الولد فنحو ان
يقول لامراته هذا الولد من الزنا او يقول هذا الولد ليس
مني **فان قيل** قوله هذا الولد ليس مني لا يكون قذفا
لها بالزنا لجواز ان لا يكون ~~صدقها بالزنا~~ ابنه بل يكون
ابن غيره ولا تكون هي زانية بان كانت وطئت بشبهة
فالجواب نعم هذا الاحتمال ثابت لكنه ساقط الاعتبار
بالاجماع لان الامة اجمعت على انه ان نفاه عن الاب المشهور
بان قال له لست لابيك يكون قاذفا لامه حتى يلزمه حد
القذف مع وجود هذا الاحتمال ولو جاءت زوجته بولد
فقال لها ان لم تلديه لم يجب اللعان لعدم القذف لانه انكر
الولادة وانكار الولادة لا يكون قذفا فان اقر بالولادة
او شهدت القابلة على الولادة ثم قال بعد ذلك ليس بابني
وجب اللعان لعدم لوجود القذف ولو قال لامراته وهي
حامل ليس هذا الحمل مني لم يجب اللعان في قول ابي حنيفة
رحمه الله لعدم القذف بنفي الولد وقال ابي يوسف ومحمد رحمهما
الله ان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت القذف
وجب اللعان وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر لم يجب
وجه قولهما انها اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت
القذف فقد تيقنا بوجوده في البطن وقت القذف
ولهذا لو اوصى لحمل امراة فجاءت به لاقل من ستة اشهر استحق
الوصية واذا تيقنا بوجوده وقت النفي كان محتملا للنفي
اذ الحمل يتعلق به الاحكام فان الجارية ترد به على
بايعها ويجب للمعتدة النفقة لاجل حملها فاذا نفاه يلاعن
فاما اذا جاءت به لاكثر من ستة اشهر فلم يتيقن بوجوده
عند القذف لاحتمال انه حمل حادث ولهذا لا يستحق

الوصيه **وجه قول ابي حنيفة** رحمه الله ان الحمل القذف بالحمل لو
صح اما ان يصح باعتبار الحال او باعتبار الثاني لا وجه للاول
لانه لا يعلم وجوده للحال لجواز انه ريح لا حمل ولا يستند الى الثاني
لانه يصير في معنى التعليق بالشرط كانه قال ان كنت حاملا
فانت زانية والقذف لا يحتمل التعليق بالشرط بخلاف الرد بعيب
الحبل لانه لا يمكن القول بالرد على اعتبار الحال لوجود العيب ظاهرا
واحتمال الريح خلاف الظاهر فلا يورث الا شبهة والرد
بالعيب لا يمتنع بالشبهات بخلاف القذف والنفقة لا تختص
وجوبها عند بالحمل عندنا فانها تجب لغير الحامل ولا تقطع
نسب الحمل قبل الولادة بلا خلاف بين اصحابنا اما عند
ابي حنيفة رحمه الله فظاهر لانه لا يلاعن وقطع النسب من
احكام اللعان واما عندهما فلان الاحكام انما تثبت للولد
لا للحمل وانما يستحق اسم الولد بالانفصال ولهذا لا يستحق
الميراث والوصية الا بعد الانفصال ولهذا الا عند
الشافعي رحمه الله يلاعن ويقطع نسب الحمل **واحتج**
بما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم لاعن بين هلال بن
امية وبين امراته وهي حامل والحق الولد بها فدل ان
الولد بالقذف يوجب اللعان وقطع نسب الحمل ولا حجة
له فيه لان هلالا لم يقذفها بالحمل بل بصريح الزنا وذكره
الحمل وبه نقول ان من قال لامراته زنيت وانت حامل
يلاعن لانه لم يعلق القذف بالشرط واما قطع النسب ولان
النبي صلى الله عليه وسلم علم من طريق الوحي ان هناك ولد
الا ترى انه قال لو جاءت على صفة كذا فهو لكذا وان جاءت على
صفة كذا فهو لكذا ولا يعلم ذلك الا بالوحي ولا طريق لنا
الى معرفته فلا ينفى الولد **فصل واما** شرائط وجوب
اللعان وجوازه فانواع **بعضها** يرجع الى القاذف خاصة وبعضها
يرجع الى المقذوف خاصة **و**بعضها اليهما جميعا **و**بعضها يرجع
الى المقذوف به **و**بعضها يرجع الى المقذوف فيه **و**بعضها
يرجع الى القاذف نفس القذف **اما الذي** يرجع الى القاذف
خاصة فواحد وهو عدم اقامة البينة لان الله تعالى شرط
ذلك في اية اللعان بقوله تعالى والذين يرمون ازواجهم
ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم فشهادة احدهم اربع شهادات
بالله الاية حتى لو اقام اربعة من الشهود على المراة بالزنا

لا يجب اللعان ويقام عليها حد الزنا لانه قد ظهر زناها بشهادة الشهود
ولو شهد اربعة احدهم الزوج فان لم يكن من الزوج قذف قبل ذلك
تقبل شهادتهم ويقام عليها الحد وعند الشافعي رحمه الله لا تقبل
شهادة الزوج عليها **وجه قوله** ان الزوج متهم في شهادته لاحتمال انه
حمله على ذلك غيظ ولا شهادة للمتهم على لسان رسول الله صلى الله
عليه وسلم ولانه يدفع المعرة عن نفسه وهو اللعان ولا شهادة
لدافع المغرم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم **ولنا** ان شهادته
اولى بالقبول من شهادة غيره وهو الاجنبي لانها ابعد من التهمة
لان العادة ان الرجل يستر على امراته ما يلحقه به شين فلم يكن متهما
في شهادته فتقبل كشهادة الوالد على ولده وقوله انه يدفع
المغرم عن نفسه بهذه الشهادة ممنوع فانه لم يسبق منه قذف
موجب للعان فانه لم يسبق الشهادة قذف ليدفع اللعان بها
فصار كشهادة الاجنبي فانها تقبل ولا يجعل دافعا للحد عن
نفسه كذا هذا فان كان الزوج قذفها اولا ثم جاء بثلاثة سواه
فهم قذفة يحدون وعلى الزوج اللعان لانه لما سبق منه
القذف فقد وجب عليه اللعان فهو بشهادته حصل
دافعا للضرر عن نفسه فلا تقبل شهادته والزنا لا يثبت
بشهادة ثلاثة فصاروا قذفة فيحدون حد القذف
ويلاعن الزوج لقذف زوجته فان جاء هو وثلاثة شهدوا
انها قد زنت فلم يعدلوا فلا حد عليها لان زناها لم يثبت
بشهادة الفساق ولا حد عليهم لان الفاسق من اهل الشهادة
الا ترى ان الله تعالى امر بالتوقف في نبائه فقد وجد اتيان
اربعة شهداء فكيف يجب عليهم الحد ولا لعان على الزوج
لانه شاهد وليس بقاذف فان شهد معه ثلاثة عميان حدوا
اي يلاعن الزوج لان قذف الزوج موجب للعان اذا لم يات
باربعة شهداء ولم يات بهم **واما** الذي يرجع الى المقذوف
خاصة فشيان **احدهما** انكارها وجود الزنا منها حتى لو اقرت
بذلك لا يجب اللعان ويلزمها حد الزنا وهو الجلد ان
كانت غير محصنة والرجم ان كانت محصنة لظهور زناها
باقرارها **والثاني** عفتها عن الزنا فان لم تكن عفيفة
لا يجب اللعان بقذفها كما لا يجب الجلد في قذف الاجنبية
اذا لم تكن عفيفة لانها اذا لم تكن عفيفة فقد صدقت بفعلها
فصار كما لو صدقت بقولها **و**كما نذكره في كتاب الحدود

ونذكر تفسير العفة عن الزنا فيه ان شاء الله تعالى **وعلى هذا** قالوا في المراة
اذا وطئت بشبهة ثم قذفها زوجها انه لا يجب عليه اللعان ولو قذفها
اجنبي لا يجب عليه الحد لانها وطئت وطئا حراما فذهبت عفتها ثم رجع
ابو يوسف رحمه الله وقال يجب بقذفها الحد واللعان لان هذا وطي
تعلق به وجوب المهر وثبوت النسب فكان كالموجود في النكاح فلا
يزيل العفة عن الزنا **والجواب** ان الوطي حرام لعدم النكاح
حقيقة انما الموجود شبهة النكاح كان ينبغي ان يجب الحد عليها الا
انه سقط للشبهة فلان يسقط الحد واللعان عن القاذف لمكان
الحقيقة اولى **واما** الذي يرجع اليهما جميعا فهو ان يكونا زوجين
حرين عاقلين بالغين مسلمين ناطقين غير محدودين في القذف
اما اعتبار الزوجية فلان الله تعالى خص اللعان بالازواج
بقوله والذين يرمون ازواجهم وانه حكم ثبت تعبدا غير معقول
المعنى فيعتبر فيقتصر على مورد الشرع التعبد وانما ورد التعبد
في الازواج فيقتصر عليهم وعلى هذا قال اصحابنا ان من تزوج
امراة نكاحا فاسدا ثم قذفها لم يلاعنها لعدم الزوجية اذ
النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة وقال الشافعي رحمه الله تعالى
يلاعنها اذا كان القذف بنفي الولد لان القذف اذا كان بنفي الولد
تقع الحاجة الى نفي الولد وقطع النسب والنسب يثبت بالنكاح
الفاسد كما يثبت بالنكاح الصحيح فيشرع اللعان لقطع
النسب **والجواب** ان قطع النسب يكون بعد الفراغ من اللعان
ولا لعان الا بعد وجوبه ولا وجوب لعدم شرطه وهو الزوجية
ولو طلق امراته طلاقا بائنا او ثلاثا ثم قذفها بالزنا لا يجب
اللعان لعدم الزوجية لبطلانها بالابانة والثلاث ولو طلقها
طلاقا رجعيا ثم قذفها يجب اللعان لعدم الزوجية لبطلانها بالابانة
والثلاث ولو طلقها طلاقا رجعيا ثم قذفها يجب اللعان لان
الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية ولو قذف امراته بزنا كان قبل
الزوجية فعليه اللعان عندنا وعند الشافعي عليه حد القذف
واحتج باية القذف وهي قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم
لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم **ولنا** ان الله تعالى قال في اية
اللعان والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم
فشهادة احدهم اربع شهادات بالله الاية من غير فصل بين ما اذا
كان القذف بزنا بعد الزوجية او قبلها **والدليل** على انه قذف زوجته
انه اضاف القذف اليها وهي في الحال زوجته الا انه قذفها بزنا

متقدم و لهذا لا تخرج من ان تكون مقذوفة في الحال كما اذا قذف اجنبية بزنا متقدم حتى يجب عليه حد القذف لكن ههنا واما اية القذف فهي متقدمة على اية اللعان فيجب تخريجهما على التناسخ فنسخ الخاص المتاخر العام المتقدم بقدره عند عامة مشايخنا وعنده يقضى العام على الخاص بطريق التخصيص على ما مر ولو قذف امراته بعد موتها لم يلاعن عندنا وعند الشافعي رحمه الله يلاعن على قبرها واحتج بظاهر قوله تعالى في اية اللعان والذين يرمون ازواجهم الاية من غير فصل بين الحياة والموت ولنا قوله تعالى والذين يرمون ازواجهم الاية خص بالموت اللعان بالازواج وقد زالت الزوجية بالموت فلم يوجد الزوجية فلم يوجد قذف الزوجية فلا يجب اللعان وبه تبين ان الميتة لم تدخل تحت الاية لان الله تعالى اوجب هذه الاية بقذف الازواج بقوله والذين يرمون ازواجهم وبعد الموت لم تبق زوجة له واما اعتبار الحرية والعقل والبلوغ والاسلام والنطق وعدم الحد في القذف فالكلام في اعتبار هذه الاوصاف شرطا لوجوب اللعان فرع الكلام وما هيته شرعا وقد اختلف فيه قال اصحابنا ان اللعان شهادات موكدة بالايمان مقرونة باللعن والغضب وانه في جانب الزوج قايم مقام حد القذف وفي جانبها قايم مقام حد الزنا وقال الشافعي رحمه الله اللعان ايمان بلفظ الشهادة مقرونة بالغضب او اللعن وكل من كان من اهل الشهادة واليمين كان من اهل اللعان ومن لا فلا عندنا وكل من كان من اهل اليمين فهو من اهل اللعان عنده سوا كان من اهل الشهادة او لم يكن ومن لم يكن من اهل الشهادة ولا من اهل اليمين لا يكون من اهل اللعان بالاجماع احتج الشافعي بقوله تعالى في تفسير اللعان فشهادة احدهم اربع شهادات بالله فسر اللعان بالشهادة بالله والشهادة بالله يمين الا ترى ان من قال اشهد بالله يكون يمينا الا انه يمين بلفظة الشهادة ولان اللعان لو كان شهادة لما قرنه بذكر اسم الله تعالى لان الشهادة لا تفتقر الى ذلك وانما اليمين هي التي تفتقر اليه ولانه لو كان شهادة لكانت شهادتها على النصف من شهادة الرجل كما في ساير المواضع التي للمراة شهادة فيها فينبغي ان تشهد المراة عشر مرات فلما لم يكن ذلك دل انه ليس بشهادة والدليل على انه يمين ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه لما فرق بين المتلاعنين وكانت المراة حبلى فقال لها اذا ولدت ولدا فلا ترضعيه حتى تاتيني به فلما انصرفوا عنه

قال

قال النبي صلى الله عليه وسلم ان ولدته احمر مثل الدبس فهو يشبه اباه الذي نفاه وان ولدته اسود ادعج جعدا قططا فهو يشبه الذي رميت به فلما وضعت واتت به رسول الله صلى الله عليه وسلم نظر اليه فاذا هو اسود ادعج قطط على ما نعته رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم لولا الايمان التي سبقت لكان لي فيها راي وفي بعض الروايات كان لي ولها شان فقد سمى اللعان ايمانا لا شهادة فدل انه يمين لا شهادة ولنا قوله تعالى والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهدا الا انفسهم فشهادة احدهم اربع شهادات بالله والاستدلال بالاية من وجهين احدهما انه سمى الذين يرمون ازواجهم شهدا لانه استثناهم من الشهدا بقوله ولم يكن لهم شهدا الا انفسهم والمستثنى من جنس المستثنى منه والثاني انه سمى اللعان شهادة نصا بقوله فشهادة احدهم اربع شهادات بالله والخامسة اي الشهادة الخامسة وقال في جانبها ويدرؤ عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله والخامسة اي الشهادة الخامسة الا انه سماه شهادة بالله تاكيدا للشهادة باليمين بقوله اشهد يكون شهادة وقوله بالله يكون يمينا وهذا مذهبنا انه شهادات موكدة وهو اولى مما قاله المخالف عملا باللفظين في معنيين وفيما قاله حمل اللفظين على معنى واحد فكان ما قلناه اولى والدليل على ان شهادة انه شرط فيه لفظة الشهادة وحضرة الحاكم واما قوله لو كان شهادة لكان في حق المراة على النصف من شهادة الرجل فنقول هو شهادة موكدة باليمين فيراعى فيه معنى الشهادة ومعنى اليمين وقد راعينا معنى الشهادة فيه باشتراط لفظة الشهادة فيراعى معنى اليمين بالتسوية بين الرجل والمراة في العدد عملا بالشبهين جميعا ولا حجة له في الحديث فانه روي في بعض الروايات لولا ما مضى من الشهادات وهذا حجة عليه حيث سماه شهادة ثم نقول موجبه انه يمين لكن هذا لا ينفي ان يكون شهادة فهو شهادة موكدة باليمين والله الموفق للصواب فاذا عرف هذا الاصل تخرج عليه المسايل واما اعتبار العقل والبلوغ فلان الصبي والمجنون ليسا من اهل الشهادة واليمين فلا يكونا من اهل اللعان بالاجماع واما الحرية فالمملوك ليس من اهل الشهادة على المسلم وان كان المسلم من اهل الشهادة على الكافر واذا كانا كافرين فالكافر وان كان من اهل الشهادة على الكافر فليس من اهل اليمين بالله تعالى لانه ليس من اهل حكمها وهو الكفارة ولهذا لم يصح ظهار الذمي عندنا

واللعان عندنا شهادات موكدة فمن لا يكون من اهل اليمين لا يكون من
اهل اللعان **واما** اعتبار النطق فلان الاخرس لا شهادة له ولانه لا
يأتي منه لفظ الشهادة ولان القذف منه لا يكون الا بالاشاره والقذف
بالاشاره يكون في معنى القذف بالكنايه وانه لا يوجب اللعان كما لا يوجب
الحد لما نذكره في كتاب الحدود ان شاء الله تعالى **واما** المحدود في القذف
لا شهادة له لان الله تعالى شهادته على التابيد ولا يلزم على هذا
الاصل قذف الفاسق والاعمى فانه يوجب اللعان لان الفاسق له
شهادة في الجمله ولهما جميعا اهلية الشهاده **الا ترى** ان القاضي
لو قضى بشهادتهما جاز قضاؤه ومعلوم انه لا يجوز القضا بشهادة
من ليس من اهل الشهاده كالصبي والمجنون والمملوك الا انه لم
لا تقبل شهادة الاعمى في ساير المواضع لانه لا يميز بين المشهود له
والمشهود عليه لا لانه ليس من اهل الشهاده **ثم** هذه
الشرايط هل هي شرط وجوب اللعان فهي شرط صحة اللعان
وجوازه حتى لا يجري اللعان بدونها وعند الشافعي يجري اللعان
بدونها بين المملوكين والاخرسين والمحدودين والقذف لان
هولا من اهل اليمين فكانوا من اهل شهادة اللعان وكذا بين
الكافرين لان يمين الكافر صحيحة عنده لانه من اهل الاعتاق
عنده والكسوه والاطعام ولهذا قالوا يجوز ظهار الذمي
وعلى هذا الاصل يخرج قول ابي حنيفه وابي يوسف رحمهما الله تعالى
انهما اذا التعنا عند الحاكم فمات الحاكم او عزل قبل القضا
بشهادتهم لم يعتد الحاكم بتلك الشهاده وعند محمد رحمه الله لا
يستقبل اللعان وقوله لا يخرج على هذا الاصل ولكن الوجه له
ان اللعان قايم مقام الحد واذا التعنا فكانه اقيم الحد والحد
بعد اقامته لا يؤثر فيه العزل والموت **والجواب** ان حكم القذف
ان حكم القذف لا يتناهى الا بالتفريق فيؤثر العزل والموت
قبله **ثم** ابتدا الدليل لنا في المسئله ما روي عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه قال اربعة لا لعان بينهم وبين ازواجهم
لا لعان بين المسلم والكافره والعبد والحره والحر والامه
والكافر والمسلمه وصورته الكافر اذا اسلمت امراته فقبل ان
يعرض الاسلام على زوجها قذفها بالزنا **ولنا** اصل اخر يخرج
المسايل عليه وهو ان كل قذف لا يوجب الحد لو كان القاذف زوجا
لان اللعان موجب القذف في حق الزوج كما ان الحد موجب القذف
في الاجنبي وقذف واحد ممن ذكرنا لا يوجب الحد لو كان اجنبيا

فاذا

فاذا كان زوجا لا يوجب اللعان **واما** ما يحتج به الشافعي رحمه الله في
عموم اية اللعان الا من خص بدليل ولا حجة له في الاية لان الله تعالى
سمى الذين يرمون ازواجهم شهدا في اية اللعان واستثناهم من الشهدا
المذكورين في اية القذف ولم يوجد واحد ممن ذكرنا في المستثنى منهم
فكذا في المستثنى لان الاستثنا استخراج من تلك الجمله ويحصل منها
واما الذي يرجع الى المقذوف به والمقذوف فيه ونفس القذف
فنذكره في كتاب الحدود ان شاء الله تعالى **فصل واما**
بيان ما يظهر به سبب وجوب اللعان وهو القذف عند القاضي
فسبب ظهور القذف شيان **احدهما** البينه اذا خاصمته المراة
فانكر القذف والافضل للمراه ان تترك الخصومة والمطالبه لما فيها
من اشاعة الفاحشه وكذا تركها من باب الفضل والكرم وقد قال
الله تعالى **وقد** قال الله تعالى ولا تنسوا الفضل بينكم فان لم تتركه
وخاصمته الى القاضي ان لم يستحسن القاضي ان يدعوها الى الترك
فيقول لها اتركي واعرضي عن هذا لانه دعا الى ستر الفاحشه وانه
مندوب اليه فان تركت وانصرفت ثم بدا لها ان تخاصمه فلها ذلك
وان تقادم العهد لان ذلك حقها وحق العبد لا يسقط بالتقادم
فان خاصمته وادعت عليه انه قذفها بالزنا فجحد الزوج لا يقبل
منها في اثبات القذف الا شهادة رجلين عدلين ولا تقبل شهادة
النسا ولا الشهادة ولا كتاب القاضي الى القاضي كما لا تقبل في اثبات القذف
على الاجنبي لان اللعان قايم مقام حد القذف واسباب الحدود
لا تقبل فيها شهادة النسا ولا الشهاده على الشهاده ولا كتاب
القاضي الى القاضي لتمكن زيادة شبهة ليست في غيرها والحدود
تدرا بالشبهات **والثاني** الاقرار بالقذف وهو شرط ظهور القذف
بالبينه والاقرار هو الخصومه والدعوي ومجلس القضا لما نذكره
في كتاب الحدود **فصل واما** بيان ما يسقط اللعان بعد
وجوبه وبيان حكمه اذا سقط اصلا **فنقول** وبالله التوفيق
كما يمنع وجوب اللعان اذا اعترض بعد وجوبه يسقطه كما اذا
جنا بعد القذف او جن احدهما او ارتدا او ارتد احدهما او خرسا
او خرس احدهما او قذف احدهما انسانا فحد حد القذف او
وطيت المراه وطيا حراما ولا يجب عليه الحد وكذا اذا ابانها
بعد القذف فلا حد ولا لعان **واما** عدم وجوب الحد فلان القذف
اوجب اللعان فلا يوجب الحد **واما** عدم وجوب اللعان فلزوال
الزوجيه وقيام الزوجيه شرط جريان اللعان لان الله تعالى

حص اللعان بالازواج ولو طلقها طلاقا رجعيا لا يسقط لان الطلاق
الرجعي لا يبطل الزوجية ولو قال لها يا زانية انت طالق ثلاثا فلا حد
ولا لعان لان قوله يا زانية اوجب اللعان لا الحد لانه قذف زوجته
وطلاق انت طالق ثلاثا فقد ابطل الزوجية واللعان لا يجري من غير
الازواج ولو قال لها انت طالق ثلاثا فقد ابطل الزوجية يا زانية
فقد اوجب الحد ولا يجب اللعان لانه قذفها بعد الابانة وهي اجنبية
بعد الابانة وقذف الاجنبية يوجب الحد لا اللعان ولو اكذب
الزوج نفسه سقط اللعان لتعذر الاتيان به اذ من المحال ان يؤمر
ان يشهد بالله وهو يقول انه كاذب ويجب الحد لما نذكر ولو اكذبت
المراة نفسها في الانكار وصدقت الزوج في القذف سقط اللعان
لما بينا ولا حد لما نذكر ولو لم ينعقد القذف موجبا للعان اصلا
لفوات شرط من شرائط الوجوب فهل يوجب الحد فمشايخنا اصلوا
في ذلك اصلا فقالوا ان كان عدم وجوب اللعان او سقوطه بعد
الوجوب لمعنى من جانبها فلا حد ولا لعان وان كان القذف صحيحا
وان كان لمعنى من جانبه فان لم يكن القذف صحيحا فكذلك
وان كان صحيحا يجب على هذا الاصل خرجوا جنس هذه المسائل
فقالوا اذا اكذب نفسه يجب الحد لان سقوط اللعان لمعنى من جانبه
وهو اكذابه نفسه والقذف صحيح لانه قذف بالغ عاقل فيجب
الحد ولو اكذبت نفسها في الانكار وصدقت الزوج في القذف
فلا حد ولا لعان وان كانت على صفة الالتعان لان سقوط
اللعان لمعنى في جانبها وهو اكذابها نفسها ولو كانت المراة
على صفة الالتعان والزوج عبدا او كافرا او محدودا في قذف
فعليه الحد لان قذفها قذف صحيح وانما سقط اللعان لمعنى
من جهته وهو انه على صفة لا يصح منه اللعان ولو كان الزوج
صبيا او مجنونا فلا حد ولا لعان وان كانت المراة على
على صفة الالتعان لان قذف الصبي والمجنون ليس بصحيح
ولو كان الزوج حرا عاقلا بالغا غير محدود في قذف والزوجة
لا بصفة الالتعان بان كانت كافرة او مملوكة او صبية او زانية
فلا حد ولا لعان لان قذفها ليس بقذف صحيح الا ترى ان اجنبيا
لو قذفها لا يحد ولو كانت المراة حرة مسلمة عاقلة بالغة
عفيفة الا انها محدودة في القذف فلا حد ولا لعان لان
القذف وان كان صحيحا لكن سقوط اللعان لمعنى من جانبها
وهو انها ليست من اهل الشهادة فلا يجب اللعان ولا الحد

كما لو صدقته وان كان كل واحد من الزوجين محدودا في القذف
فقذفها فعليه الحد لان القذف صحيح وسقوط اللعان بمعنى في
الزوج ولا يقال انه سقط لمعنى في المراة بدليل ان الزوج لو لم يكن
محدودا والزوجة محدودة لا يجب اللعان لاعتبار جانبها واذا
كان السقوط لمعنى من جانبها فينبغي ان لا يجب اللعان ولا الحد
لانا نقول القذف الصحيح انما يعتبر فيه صفات المراة اذا كان
الزوج من اهل اللعان فاما اذا لم يكن من اهل اللعان لا يعتبر
وانما يعتبر صفات الزوج فيعتبر المانع من جانبه لا مما فيها فكان
سقوط اللعان لمعنى في الزوج بعد صحة القذف فيجب والله اعلم

فصل واما حكم اللعان فالكلام في هذا الفصل في موضعين
احدهما في بيان حكم اللعان **والثاني** في بيان ما يبطل حكمه
واما بيان حكم اللعان فللعان حكمان احدهما اصلي والاخر
ليس باصلي **اما** الحكم الاصلي للعان فنذكر اصل الحكم ووصفه
اما الاول **فنقول** اختلف العلماء فيه قال اصحابنا هو وجوب التفريق
ما داما على حال اللعان لا وقوع الفرقة بنفس اللعان من غير تفريق
الحاكم حتى يجوز طلاق الزوج وظهاره وايلاؤه ويجري التوارث
بينهما قبل التفريق وقال زفر والشافعي رحمهما الله هو وقوع
الفرقة بنفس اللعان الا عند زفر لا تقع الفرقة ما لم يلتعنا
وعند الشافعي رحمه الله تقع الفرقة بلعان الزوج قبل ان تلتعن
المراة **وجه قول الشافعي** ان الفرقة امر تختص بالزوج
الا ترى انه هو المختص بسبب الفرقة فلا يقف وقوعها على فعل المراة
كالطلاق واحتج زفر بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال المتلاعنان لا يجتمعان ابدا وفي بقاء النكاح اجتماعهما
وهذا خلاف النص **ولنا** ما روي عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما
ان رجلا لاعن امراته في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم
وانتفى من ولدها ففرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما والحق
الولد بالمراة **وعن** ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه
وسلم لما لاعن بين عاصم بن عدي وبين امراته فرق بينهما **وروي**
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعن بين العجلاني وبين امراته
فلما فرغا من اللعان فرق بينهما ثم قال الله يعلم ان احدكما كاذب
فهل منكما تائب قال ذلك ثلاثا فابيا ففرق بينهما فدلت
الاحاديث على ان الفرقة لا تقع بلعان الزوج ولا بلعانهما اذ لو
وقعت لما احتمل التفريق من رسول الله صلى الله عليه وسلم

بعد وقوع الفرقة بينهما بنفس اللعان ولان ملك النكاح كان ثابتا قبل اللعان ولان ملك النكاح والاصل ان الملك متى ثبت لانسان لا يزول الا بازالته او بخروجه من ان يكون منتفعا به في حقه لعجزه عن الانتفاع به ولم يوجد الازالة من الزوج لان اللعان لا ينبي عن زوال الملك لانه شهادة موكدة باليمين او يمين وكل واحد منهما لا ينبي عن زوال الملك ولهذا لا يزول بسائر الشهادات والايمان والقدرة على الانتفاع ثابتة فلا تقع الفرقة بنفس اللعان وقد خرج الجواب عما ذكره الشافعي بشهد قول الشافعي مخالف لاية اللعان لان الله خاطب الازواج باللعان بقوله تعالى والذين يرمون ازواجهم الى اخر ما ذكر فلو ثبتت الفرقة بلعان الزوج فالزوجة تلاعنه وهي غير زوجة وهذا خلاف النص واما زفر فلا حجة له في الحديث لان المتلاعن متفاعل من اللعن وحقيقة المتفاعل على المتشاغل بالفعل فبعد الفراغ منه لا يبقى فاعلا حقيقة فلا يبقى متلاعنا حقيقة فلا يصح التمسك به لاثبات الفرقة عقيب اللعان فلا تثبت الفرقة عقيبه وانما الثابت عقيبه وجوب التفريق فان فرق الزوج بنفسه والا ينوب عنه القاضي منابه في التفريق فاذا فرق بعد تمام اللعان وقعت الفرقة فان اخطا القاضي ففرق قبل تمام اللعان ينظر ان كان كل واحد منهما قد التعن اكثر اللعان لم ينفذ وانما كان كذلك لان تفريق القاضي اذا وقع بعد اكثر اللعان لم ينفذ وانما كان كذلك فقد قضى بالاجتهاد في موضع يسوغ الاجتهاد فيه فينفذ قضاوه كما في سائر المجتهدات **والدليل** على ان تفريقه صادف محل الاجتهاد وجوه ثلاثة **احدها** انه عرف ان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام فاقتضى اجتهاده الى ان الاكثر يقوم مقام الكل في اللعان **والثاني** انه اجتهد ان التكرار في اللعان للتاكيد والتغليظ وهذا المعنى يوجد في الاكثر **والثالث** انه زعم انه لما ساغ للشافعي الاقتصار على لعان الزوج اذا قذف المجنونة او الميتة فلا يسوغ لي الاجتهاد بعد اكمال الزوج لعانه واتيان المراة اكثر اللعان اولى فثبت ان قضاء القاضي صادف محل الاجتهاد فينفذ **فان قيل** شرط جواز الاجتهاد ان لا يخالف النص وهذا قد خالف النص من الكتاب والسنة لان كتاب الله تعالى ورد باللعان بعدد مخصوص وكذا النبي صلى الله عليه وسلم لاعن بين الزوجين على ذلك العدد واذا كان العدد منصوصا عليه فالاجتهاد اذا خالف النص باطل **فالجواب** ممنوع ان اجتهاد القاضي خالف النص

فان

فان التنصيص على عدد لا ينفي جواز الاكثر واقامته مقام الكل ولا يقتضي الجواز ايضا فلم يكن الحكم منصوصا عليه بل كان مسكوتا عنه فكان محل الاجتهاد وفائدة التنصيص على العدد المذكور التنبيه على الكمال والاولى وهذا لا ينفي الجواز **واما** الثاني فقد اختلف العلماء فيه ايضا قال ابو حنيفة ومحمد الفرقة الواقعة في اللعان فرقة بتطليقة بائنة فيزول ملك النكاح وتثبت حرمة الاجتماع والتزوج ما داما على حاله اللعان فان اكذب الزوج نفسه فجلد الحد او اكذبت المراة نفسها بان صدقته جاز التناكح بينهما ويجتمعان وقال ابو يوسف وزفر والحسن بن زياد رحمهم الله هي فرقة بغير طلاق وانها توجب حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع والمصاهرة **واحتجوا** بقوله صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لا يجتمعان ابدا وهذا نص في الباب وكذا روي عن جماعة من الصحابة مثل عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم رضي الله عنهم اجمعين قالوا المتلاعنان لا يجتمعان ابدا **وجه قول ابي حنيفة** رحمه الله ومحمد رحمهما الله ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه لما لاعن بين عويمر العجلاني وبين امراته قال عويمر كذبت عليها ان امسكتها فهي طالق ثلاثا وفي بعض الروايات كذبت عليها ان لم افارقها فهي طالق ثلاثا فصار طلاق الزوج عقيب اللعان سنة المتلاعنين لان عويمر طلق امراته ثلاثا بعد اللعان عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فانفذها رسول الله صلى الله عليه وسلم فيجب على كل ملاعن ان يطلق فاذا امتنع ينوب القاضي منابه في التفريق فيكون طلاقا كما في العنين ولان هذه الفرقة بقذف الزوج لانه يوجب اللعان واللعان يوجب التفريق والتفريق يوجب الفرقة فكانت الفرقة بهذه الوسائط مضافة الى القذف وكل فرقة تكون من الزوج او تكون بفعل الزوج سببها يكون طلاقا كما في العنين والخلع والايلاء ونحو ذلك وهو قول السلف ان كل فرقة وقعت من قبل الزوج فهي طلاق منهم ابراهيم والحسن بن جبير وقتادة وغيرهم واما الحديث فلا يمكن العمل بحقيقته لما ذكرنا ان حقيقة المتفاعل هو المتشاغل بالفعل وبعد ما فرغا من اللعان ما بقيا متلاعنين حقيقة فانصرف المراد الى الحكم وهو ان يكون حكم اللعان فيهما ثابتا فاذا اكذب الزوج نفسه وحد حد القذف بطل حكم اللعان فلم يبق متلاعنا حقيقة وحكما فجاز اجتماعهما ونظيره قوله تعالى في قصة اصحاب الكهف انهم ان يظهروا عليكم يرجموكم او يعيدوكم في ملتهم

ولن تفعلوا اذا اتيتم اي ما داموا في مهلتهم **الاترى** لو حضروا ولا يفعلوا الحقوا كذا.
هذا **واما** الحكم الذي ليس باصلي للعان فهو وجوب قطع النسب في
احد نوعي القذف وهو القذف بالولد لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
لما لاعن بين هلال بن امية وبين زوجته وفرق بينهما نفى ولد امراة هلال عنه
والحقه بها فصار الحكم النفي احد حكمي اللعان ولان القذف اذا كان
بالولد فغرض الزوج ان ينفي ولدا منه في زعمه فوجب النفي تحقيقا
لغرضه واذا كان وجوب النفي احد حكمي اللعان فلا يجب قبل وجوده
وعلى هذا قلنا ان القذف اذا لم يتعقبه موجبا للعان او سقط
بعد الوجوب ووجب الحد او لم يجب او لم يسقط لكنهما لم يتلاعنا
بعد لا ينقطع نسب الولد وكذا اذا نفى نسب ولد حرة فصدقته
لا ينقطع نسبه لتعذر اللعان او سقط بعد الوجوب ووجب الحد او لم
يجب او لم يسقط لكنهما لم يتلاعنا بعد لتصديقها اياه في القذف
لان ذلك ينفي اللعان لما فيه من التناقض حيث تشهد بالله
انه لمن الكاذبين وقد قالت انه صادق واذا تعذر اللعان
تعذر قطع النسب لانه حكمه ويكون ابنهما لا يصدقان على نفيه
لان النسب قد ثبت والنسب الثابت بالنكاح لا ينقطع الا
باللعان ولم يوجد ولا يعتبر تصادقهما على ذلك النفي لان
النسب يثبت حقا للولد وفي تصادقهما على النفي ابطال
حق الولد وهذا لا يجوز **وعلى هذا** يخرج ما اذا كان علوق الولد
في حال لا لعان بينهما فيها ثم صارت بحيث يقع بينهما اللعان
نحو ما اذا علقت وهي امة او كتابية ثم اعتقت او اسلمت الكتابية
فولدت فنفاه انه لا ينقطع نسبه لانه لا يلاعن بينهما لعدم
اهلية اللعان وقت العلوق وقطع النسب حكم اللعان
ولوجوب قطع النسب شرائط **ومنها** التفريق لان النكاح
لان النكاح قبل التفريق قائم فلا يجب النفي **ومنها** ان يكون
النفي بالقذف اي القذف بالنفي بحضرة الولادة او بعدها بيوم
او بيومين او نحو ذلك من مدة يا خذ فيها التهنية وابتياع الات
الولادة عادة فان نفاه بعد ذلك لا ينتفي ولم يوقت ابو
حنيفة رحمه الله لذلك وقتا وروي عن ابي حنيفة انه وقت
لذلك سبعة ايام وابو يوسف ومحمد رحمهما الله وقتاه باكثر
النفاس وهو اربعون يوما واعتبر الشافعي الفور فقال ان نفاه
على الفور انتفى والا لزمه **وجه قوله** رحمه الله ان ترك النفي على
الفور اقرار منه دلالة فصار كالاقرار نصا **وجه قولهما**

ان

ان النفاس اثر الولادة فيصح نفي الولد ما بقي اثر الولادة
ووجه قول ابي حنيفة ان هذا امر يحتاج الى التامل فلا بد له
من زمان التامل وانه يختلف باختلاف الاشخاص والاحوال
فتعذر التوقيت فيه فحكم فيه العادة من قبول التهنية
وابتياع الات الولادة او مضي مدة يفعل فيها ذلك عادة فلا
يصح نفيه بعد ذلك ولهذا يبطل اعتبار الفور لان معنى التامل
والتروي لا يحصل بالفور **وعلى هذا** قالوا في الغايب اذا ولدت
امراته ولم يعلم بالولادة حتى قدم او بلغه الخبر وهو غايب
ان له ان ينفي عند ابي حنيفة في مقدار التهنية الولد وابتياع
الات الملاهي الولادة وعندهما في مقدار مدة النفاس بعد القدوم
وبلوغ الخبر لان النسب لا يلزم الا بعد العلم به فصار حال القدوم
وبلوغ الخبر كحال الولادة على المذهبين جميعا وروي عن ابي
يوسف رحمه الله انه قال ان قدم قبل الفصال فله ان ينفيه
في مقدار مدة النفاس وان قدم بعد الفصال فليس له ان ينفيه
ولم يرو هذا التفصيل عن محمد كذا ذكره الشيخ ابو الحسين
احمد القدوري رحمه الله **ووجهه** ان الولد قبل الفصال لم ينتقل
عن غذايه الاول فصار كمدة النفاس وبعد الفصال انتقل عن
ذلك الغذا وخرج عن حال الصغر فلو احتمل النفي بعد ذلك
لاحتمل بعد ما صار شيخا وذلك قبيح وذكر القاضي في شرحه
مختصر الطحاوي انه ان بلغه الخبر في مدة النفاس فله ان ينفي
الى تمام مدة النفاس وان بلغه الخبر بعد اربعين فقد روي
عن ابي يوسف انه قال له ان ينفيه الى تمام سنتين لانه
لما مضى وقت النفاس يعتبر وقت الرضاع ومدته سنتان
ولو بلغه الخبر بعد حولين فنفاه ذكر في غير رواية الاصول
انه لا ينقطع النسب ويلاعن وعن محمد رحمه الله انه قال ينبغي
اذا نفاه بعد بلوغ الخبر الى اربعين يوما **ومنها** ان لا يسبق
النفي من الزوج ما كان اقرارا منه بنسب الولد لا نصا ولا
دلالة فان سبق لا ينقطع النسب من الاب لان النسب بعد
الاقرار به لا يحتمل النفي بوجه لانه لما اقر به فقد ثبت نسبه
والنسب حق الولد فلا يملك الرجوع عنه بالنفي فالنص
نحو ان يقول هذا ولدي او هذا الولد مني والدلالة هي ان
يسكت اذا هنئ ولا يرد على المهنئ لان العاقل لا يسكت
عند التهنية بولد ليس منه عادة فكان السكوت والحالة هذه

اعترافا بنسب الولد فلا يملك نفيه بعد الاعتراف **وروي** بن رستم
عن محمد رحمه الله انه اذا هني بولد الامة فسكت لم يكن اعترافا وان
سكت في ولد الزوجة كان اعترافا. **ووجه الفرق** ان نسب ولد
الزوجة قد ثبت بالفراش الا ان له عرضية النفي من الزوج فاذا
سكت عند التهنية دل على انه لا ينفيه فبطلت العرضية فتقرر
النسب **واما** ولد الامة فلا يثبت نسبه الا بالدعوة ولم يوجد
وان جاءت بولدين في بطن فاقر باحدهما ونفى الاخر فان اقر
بالاول ونفى الثاني لاعن ولزمه الولدان جميعا **اما** لزوم
الولدين فلان اقراره بالاول اقرار بالثاني لان الحمل حمل
واحد فلا يتصور ثبوت بعض نسب الحمل دون بعض كالولد
الواحد لا يتصور ثبوت نسبه دون بعض فاذا نفى الثاني فقد رجع
عما اقر به والنسب المقر به لا يحتمل الرجوع عنه فيلغو
نفيه عنه فيثبت نسبهما جميعا ويلاعن لان من اقر بنسب ولد ثم نفاه
يلاعن وان كان لا ينقطع نسبه لان قطع النسب لان قطع النسب
ليس من لوازم اللعان بل ينفصل عنه في الجملة **الا ترى** انه شرع
في المقذوفة بغير ولد وانما وجب اللعان لانه لما اقر بالاول
فقد وصف امراته بالعفة ولما نفى الثاني فقد وصفها بالزنا
ومن قال لامراته انت عفيفة ثم قال لها انت زانية يلاعن
وان نفى الاول واقر بالثاني حد ولا لعان ويلزمانه
جميعا اما ثبوت نسب الولدين لان نفي الولد وان تضمن
نفي الثاني فالاقرار بالثاني تضمن الاقرار بالاول فيصير
مكذبا نفسه ومن وجب عليه اللعان اذا اكذب نفسه يحد
واما حد لا يلاعن لانهما لا يجتمعان ولانه لما نفى الاول فقد
قذفها بالزنا فلما اقر بالثاني فقد وصفها بالعفة ومن قال
لامراته انت زانية ثم قال لها انت عفيفة يحد حد القذف ولا
يلاعن **ومنها** ان يكون الولد حيا وقت قطع النسب وهو
وقت التفريق فان لم يكن لا يقطع نسبه من الاب حتى لو جاءت
بولد فمات ثم نفاه الزوج يلاعن ويلزمه الولد لان النسب
يتقرر بالموت ولا يحتمل الانقطاع ولكنه يلاعن لوجود القذف
بنفي الولد وانقطاع النسب ليس من لوازم اللعان وكذلك
لو جاءت بولدين احدهما ميت فنفاهما يلاعن ويلزمه الولدان لما
قلنا وكذلك لو جاءت بولد فنفاه الزوج ثم مات الولد قبل
اللعان يلاعن الزوج ويلزمه الولد لما قلنا وكذا لو جاءت بولدين

فنفاهما

فنفاهما ثم ماتا قبل اللعان او قتلا يلاعن ويلزمه الولدان
لان النسب بعد الموت لا يحتمل القطع ويلاعن لما قلنا وكذلك
لو نفاهما ثم مات احدهما قبل اللعان او قتل لزمه الولدان
لان نسب الميت منهما لا يحتمل القطع لتقرره بالموت فكذا نسب
الحي لانهما توأم **واما** اللعان فقد ذكر الكرخي رحمه الله
انه يلاعن ولم يذكر الخلاف وذكر القاضي احمد بن منصور
الاسبيجابي في شرحه مختصر الطحاوي وذكر بن سماعة الخلاف
في المسئلة فقال عند ابي يوسف رحمه الله يبطل اللعان
وعند محمد لا يبطل **وجه قول محمد** رحمه الله ان اللعان قد وجب
بالنفي فلو بطل انما يبطل لامتناع قطع النسب وامتناعه
لا يمنع بقاء اللعان لان قطع النسب ليس من لوازم اللعان
وجه قول ابي يوسف ان المقصود من اللعان الواجب بهذا
القذف اعني القذف بنفي الولد وهو نفي الولد فاذا تعذر
تحقيق هذا المقصود لم يكن في بقاء اللعان فائدة فلا
يبقى ولو ولدت ولدا فنفاه ولاعن الحاكم بينهما
وفرق والزم الولد امه او لزمها بنفس التفريق ثم ولدت
ولدا اخر من الغد لزمه الولدان جميعا واللعان
ماض لانه قد ثبت نسب الولد الثاني اذ لا يمكن قطعه لما
وجد من اللعان لان حكم اللعان قد بطل بالتفرقة فيثبت
نسب الولد الثاني ومن ضرورة ثبوته ثبوت نسب الاول
لانهما توأم فلا يتصور افتراقهما في النسب وان قال
الزوج هما ابناي لا حد عليه لانه صادق في اقراره بنسب
الولدين لكونهما ثابتي النسب منه شرعا **فان قيل**
اليس انه اكذب نفسه بقوله هما ابناي لانه سبق منه نفي
الولد ومتى نفى الولد فلوعن ثم اكذب نفسه يقام عليه
الحد كما اذا جاءت بولد واحد فقال هذا الولد ليس مني
فلاعن الحاكم بينهما ثم قال هو ابني **فالجواب** ان قوله هما
ابناي يحتمل الاكذاب ويحتمل الاخبار عن حكم لزمه شرعا
وهو ثبوت نسب الولدين فلا يجعل اكذابا مع الاحتمال بل
حمله على الاخبار اولى لانه لو جعل اكذابا لزمه الحد ولو
جعل اخبارا عما قلنا لا يلزمه وقد قال النبي صلى الله عليه
وسلم ادرءوا الحدود بالشبهات وقال ادرءوا ما استطعتم
حتى لو قال كذبت في اللعان فيما قذفتها به من الزنا يحد

لانه نص على الاكذاب فزال الاحتمال وقد قال مشايخنا ان الاقرار بالولد
بعد النفي انما يكون اكذابا اذا كان مصرحا له لو لم يقر به للوعن اذا كان
من اهل اللعان وههنا لم يوجد لانه لو لم يقر بهما لم يلاعن بخلاف
الفصل الاول فانه لو لم يقر به للوعن **وعلى هذا** قالوا لو ولدت امرأته
ولدا فقال هو ابني ثم ولدت ولدا اخر فنفاه ثم اقر به لا حد عليه
لانه لم يصر مكذبا نفسه بهذا الاقرار الا ترى انه لو لم يقر به لا يلاعن
بنفي الولد لثبوت نسب الولدين ولو قال ليسا بابني كانا ابنيه
ولا حد عليه لانه اعاد القذف الاول وكرره لتقدم القذف منه
واللعان والملاعن اذا كرر القذف لا يجب عليه الحد ولو طلق امرأته
طلاقا رجعيا فجاءت بولد لاقل من سنتين بيوم فنفاه ثم جاءت بعد
سنتين بيوم فاقر به فهذا ابناه ولا لعان ولا حد في قول ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد رحمه الله هذه رجعة وعلى الزوج الحد فقد ذكر
اصلهما واصله وتخرج المسئلة عليه **فمن اصلهما** ان الولد الثاني
يتبع الولد الاول لانها جاءت به في مدة يثبت نسبه وكذا هو
سابق في الولادة فكان الثاني تابعا له فجعل كانها جاءت بهما
لاقل من سنتين فلا يثبت الرجعة فتبين بالولد الثاني فتصير اجنبية
فتعذر اللعان ومن اصله ان الولد الاول يتبع الثاني لان الثاني
حصل من وطئ حادث بعد الطلاق بيقين اذ الولد لا يبقى في البطن
اكثر من سنتين والاول يحتمل انه من وطئ حادث ايضا وابدا يرد
المحتمل الى المحكم فجعل الاول تابعا للثاني فصار كانها ولدتهما
بعد سنتين والمطلقة طلاقا رجعيا اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين
تثبت الرجعة لانه يكون من وطئ حادث بعد الطلاق بيقين فيصير
مراجعا لها بالوطئ فاذا اقر بالثاني بعد نفي الاول فقد اكذب
نفسه فيحد وان كان الطلاق بائنا والمسئلة بحالها يحد ويثبت
نسب الولدين عندهما وعند محمد رحمه الله لا حد ولا لعان ولا يثبت
نسب الولدين لان من اصلهما ان الولد الثاني يتبع للولد الاول
فيجعل كانها جاءت بهما لاقل من سنتين فيثبت نسبهما ولا يجب
اللعان لزوال الزوجية ويجب الحد لاكذابه نفسه ومن اصله
ان الاول يتبع الثاني ويجعل كانها ولدتهما لاكثر من سنتين
والمرأة مبتوتة والمبتوتة اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين لا يثبت
نسب الولد ولا يحد قاذفها لان معها علامة الزنا وهو ولد
غير ثابت النسب فلم تكن عفيفة فلا يجب الحد على قاذفها **ومنها**
ان لا يكون نسب الولد محكوما بثبوته شرعا كذا ذكر الكرخي رحمه الله

فان

فان كان لا ينقطع نسبه **وصورته** ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال في رجل جاءت امرأته بولد فنفاه ولم يلاعن حتى قذفها اجنبي
بالولد الذي جاءت به ضرب القاضي الاجنبي الحد فان نسب الولد
يثبت من الزوج فيبطل اللعان لان القاضي لما حد قاذفها بالولد
فقد حكم بكذبه والحكم بكذبه حكم بثبوت النسب الولد والنسب المحكوم
بثبوته لا يحتمل النفي باللعان كالنسب المقر له وانما سقط اللعان
لان الحاكم لما حد قاذفها فقد حكم باحصانها في عين ما قذفت به
ثم اذا انقطع النسب من الاب ولحق الولد بالام يبقى النسب في حق
سائر الاحكام من الشهادة والزكاة والقصاص وغيرهم حتى لا تجوز
شهادة احدهما للاخر وصرف الزكاة اليه ولا يجب القصاص على
الاب بقتله ونحو ذلك من الاحكام الا انه لا يجري التوارث بينهما
ولا نفقة على الاب لان النفي باللعان ثبت شرعا بخلاف الاصل
بناء على زعمه وظنه مع كونه مولودا على فراشه وقد قال النبي صلى
الله عليه وسلم الولد للفراش فلا يظهر في حق سائر الاحكام
وبالله التوفيق والمستعان وهو الحنان المنان الموفق للصواب

فصل واما ما يبطل به حكم اللعان فكل ما يسقط اللعان
بعد وجوبه يبطل حكمه بعد وجوده قبل التفريق وهو ما ذكرنا من جنونهما
بعد اللعان قبل التفريق او جنون احدهما او خرسهما او خرس احدهما
او ردتهما او ردة احدهما او صيرورة احدهما محدودا في قذف او
صيرورة المرأة موطوءة وطئا حراما واكذاب احدهما نفسه حتى لا
يفرق الحاكم بينهما ويكونان على نكاحهما **والاصل** ان بقاءهما على
حال اللعان شرط بقاء حكم اللعان فان بقيا على حال اللعان بقي
حكم اللعان والا فلا وانما كان كذلك لان اللعان شهادة ولا بد
من بقاء الشاهد على صفة الشهادة الى ان يتصل القضاء بشهادته
حتى يجب القضاء بها وقد زالت صفة الشهادة بهذه العوارض
فلا يجوز للقاضي التفريق ولو لاعنها بالولد ثم قذفها هو او غيره
لا يجب الحد ولو لاعنها بغير الولد ثم قذفها هو او غيره لا يجب
الحد يجب عليه الحد **والفرق** ان اللعان لا يثبت تحقق الزنا
منها فلا تزول عفتها الا ان في اللعان بالولد ظهر معها علامة
الزنا وهو الولد بغير اب فلم تكن عفيفة فلا يقام على قاذفها
ولم يوجد ذلك في اللعان بغير ولد فبقيت عفتها فيجب الحد
على قاذفها ولو اكذب نفسه بعد اللعان بولد او بغير ولد

ثم قذفها هو او غيره يحب الحد لان اللعان لا يحقق الزنا والولد مع الاكذاب لا يكون علامة الزنا فكانت عفتها قايمة فيحد قاذفها والله اعلم

كتاب الرضاع

قال رحمه الله قد ذكرنا في كتاب النكاح ان المحرمات نكاحا على التابيد انواع ثلاثة محرمات بالقرابة ومحرمات بالصهر ومحرمات بالرضاع وقد بينا المحرمات بالقرابة والصهر في كتاب النكاح وهذا الكتاب وضع لبيان المحرمات بالرضاع والكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع احدها في بيان المحرمات بالرضاع والثاني في بيان صفة الرضاع المحرم والثالث في بيان ما يثبت به الرضاع اما الاول فالاصل ان كل من يحرم بسبب القرابة من الفرق السبع الذين ذكرهم الله تعالى في كتابه نصا او دلالة على ما ذكرنا في كتاب النكاح يحرم بسبب الرضاعة الا ان الحرمة في جانب المرضعة متفق عليها وفي جانب زوج المرضعة مختلف فيها اما تفسير الحرمة في جانب المرضعة فهو ان المرضعة تحرم على المرضع لانها صارت اما له بالارضاع فتحرم عليه لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم معطوفا على قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم سمي المرضعة ام المرضع وحرمها عليه وكذا بناتها يحرمن عليه سوا كن من صاحب اللبن او من غير صاحب اللبن من تقدم منهن ومن تاخر لانهن اخواته من الرضاعة وقد قال الله تعالى واخواتكم من الرضاعة اثبت الاخوة بين بنات المرضعة وبين المرضع والحرمة بينهما مطلقا من غير فصل بين اخت واخت وكذا بنات بناتها وبنات ابنها وان سفلن لانهن بنات اخ المرضع واخته من الرضاعة وهن يحرمن من النسب كذا من الرضاعة ولو ارضعت امراة صغيرين من اولاد الاجانب صارا اخوين لكونهما من اولاد المرضعة فلا يجوز المناكحة بينهما اذا كان احدهما انثى والاصل في ذلك ان كل اثنين اجتمعا على ثدي واحد صارا اخوين او اختين او اخا واختا من الرضاعة فلا يجوز لاحدهما ان يتزوج بالاخر ولا بولده كما في النسب وامهات المرضعة يحرمن على المرضع لانهن جداته من قبل امه من الرضاعة واآبا المرضعة اجداد المرضعة من الرضاعة فيحرم عليهم كما في النسب واخوات المرضعة يحرمن على المرضع لانهن خالاته من الرضاعة واخوانها اخوال المرضعة فيحرم عليهم كما في النسب

فاما

فاما بنات اخوة المرضعة واخواتها فلا يحرمن على المرضع لانهن جدانه من قبل امه من الرضاعة وابا المرضع بنات اخواله وخالاته من الرضاعة وانهن لا يحرمن من النسب فكذا من الرضاعة وتحرم المرضعة على ابنا المرضع وابنا ابنائه وان سفلوا كما في النسب فاما بيان هذه تفسير الحرمة في جانب المرضعة والاصل في هذه الجملة قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فيجب العمل بعمومه الا ما خص بدليل واما الحرمة في جانب زوج المرضعة الذي نزل لها منه لبن فثبت عند عامة العلما وعامة الصحابة رضي الله عنهم وروي عن رافع بن خديج انها لا تثبت وهو قول سعيد بن المسيب وعطا بن يسار وبشر المريسي وملك وهي المسيلة الملقبة بلبن الفحل عند الفقها انه هل يحرم ام لا وتحريم تفسير تحريم لبن الفحل ان المرضعة تحرم على زوج المرضعة لانها بنته من الرضاعة وكذا على آبايه الذين من غير المرضعة لانهم اخوتها لاب من الرضاعة وكذا على ابنا ابنايه وابنا بناته من غير المرضعة لانهم ابنا اخوة المرضعة واخواتها لاب من الرضاعة وعلى هذا اذا كان لرجل اذا كان لرجل امراتان تحملتا منه وارضعت كل واحدة منهما صغيرا اجنبيا فقد صارا اخوين لاب من الرضاعة فان كان احدهما انثى لا يجوز النكاح بينهما لان الزوج اخوها لابيها من الرضاعة ويحرم على آبا زوج المرضعة لانهم اجدادها من قبل الاب من الرضاعة وكذا على اخوته لانهم اعمامها من الرضاعة واخواته على المرضع فيحرمن عليه واما اولاد اخوته واخواته فلا يحرم المناكحة بينهم لانهم اولاد الاعمام والعمات ويجوز النكاح بينهم في النسب فيجوز في الرضاع وهذا تفسير لبن الفحل احتج من قال لا يحرم ان الله تعالى بين الحرمة في جانب المرضعة ولم يبين في جانب الزوج بقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم ولو كانت الحرمة ثابتة في جانبهما لبينهما كما بين في النسب فيجوز في الرضاع بقوله حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم ولان المحرم هو الارضاع وانه وجد منها لا منه فصارت بنتا لها لا له والدليل عليه انه لو نزل للزوج لبن فارتضعته صغيرة لم يحرم عليه فاذا لم يثبت الحرمة بلبنه فكيف تثبت بلبن غيره ولنا الحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وروي ان عايشة رضي الله عنها انها قالت جا عمي من الرضاعة فاستاذن علي فابيت ان آذن له حتى جا رسول الله صلى الله عليه وسلم فسالته فقال انه عمك فاذني له فقلت يا رسول الله

المناكح

انما ارضعتني المراة ولم يرضعني الرجل فقال رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه عمك فليلج عليك فقالت عائشة وذلك بعد ان ضرب علينا
الحجاب اي بعد ما امر الله تعالى النسا بالاحتجاب عن الاجانب
وقيل كان الداخل عليها افلح اخا ابي القعيس وكانت امراة ابي
القعيس ارضعتها وعن عمرة ان عائشة اخبرتها ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم كان عندها وانها سمعت صوت رجل يستاذن في
بيت حفصة قالت عائشة فقلت يا رسول الله هذا رجل يستاذن في
بيتك فقال اراه فلانا لعم حفصة من الرضاعة فقلت يا رسول الله
لو كان فلان حيا لعمي من الرضاعة اكان يدخل علي فقال نعم ان الرضاعة
تحرم ما تحرم الولادة وعن علي رضي الله عنه انه قال لا تنكح من
ارضعته امراة ابيك ولا امراة اخيك ولا امراة ابنك وعن ابن عباس
رضي الله عنهما انه سئل عن رجل له امراتان او امراة وجارية فارضعت
هذه غلاما وهذه جارية هل يصلح للجارية للغلام ان يتزوج الجارية
فقال لا اللقاح واحد بين الحكم اشار الى المعنى وهو اتحاد
اللقاح ولان المحرم هو اللبن وسبب اللبن ماء الرجل وماء المراة
جميعا فيجب ان يكون الرضاع منهما جميعا كما كان الولد لهما جميعا
واما قولهم ان الله تعالى بين الحرمة في جانب المرضعة لا في
جانب زوجها فنقول وبالله التوفيق ان لم يبينها نصا فقد
بينها دلالة وهذا لان البيان من الله تعالى بطريقين بيان
احاطة وبيان كفاية فبين في النسب بيان احاطة وبين في
الرضاع بيان كفاية تسليطا للمجتهدين على الاجتهاد والاستدلال
بالمنصوص عليه على غيره وهو ان الحرمة في جانب المرضعة لمكان
اللبن وسبب حصول اللبن ونزوله هو ماؤهما جميعا وبارتضاع
اللبن تثبت الجزئية بواسطته فكان الرضاع منهما جميعا وهذا
لان اللبن انما يوجب الحرمة لاجل الجزئية والبعضية لانه
ينبت اللحم وينشز العظم على ما نطق به الحديث ولما كان سبب
حصول اللبن ونزوله هو ماؤهما جميعا وبارتضاع اللبن تثبت
الجزئية بواسطة نبات اللحم يقام سبب الجزئية مقام حقيقة
الجزئية في باب الحرمات احتياطا والسبب يقام مقام المسبب
خصوصا في باب الحرمات الا ترى ان المراة تحرم على جدها كما
تحرم على ابيها وان لم يكن تحريمها على جدها منصوصا عليه في الكتاب
لكن لما كان مبينا بيان كفاية وهي ان البنت وان وجدت من ماء
الاب حقيقة دون ماء الجد لكن الجد سبب ماء الاب اقيم السبب

مقام

مقام المسبب في حق الحرمة احتياطا كذا ههنا والدليل عليه انه
لما لم يذكر البنات من الرضاعة نصا لم يذكر بنات الاخوة والاخوات
من الرضاعة نصا وانما ذكر الاخوات ثم كان ذكر بنات الاخوة
والاخوات دلالة حتى حرمن بالاجماع كذلك ههنا على انه ان تبين
بوحي متلو فقد تبين بوحي غير متلو على لسان رسول الله صلى الله عليه
وسلم بقوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقد خرج
الجواب عن قولهم ان الارضاع وجد منها لما ذكرنا انه وجد منهما
لان سبب حصول اللبن ماؤهما جميعا واما الزوج اذا نزل
له لبن فارتضعت به صبية فذاك لا يسمى رضاعا عرفا
وعادة ومعنى الرضاع لا يحصل به وهو اكتفاء الصغير به
في الغذاء لانه لا يغنيه من جوع فصار كلبن الشاة والله الموفق
ثم انما تثبت الحرمة في جانب الزوج اذا كان لها زوج فاما
اذا لم يكن لها زوج بان ولدت من الزنا فنزل عليها لها لبن
فارضعت به صبيا فالرضاع يكون منها لا من الزاني لان نسبه
يثبت منها لا من الزاني والاصل ان كل من ثبت منه النسب
يثبت منه الرضاع ومن لا يثبت منه النسب لا يثبت منه
الرضاع وكذا البكر اذا نزل لها لبن وهي لم تتزوج قط فالرضاع
يكون منها خاصة والله الموفق وكذلك كل من يحرم بسبب
المصاهرة من الفرق الاربع الذين وصفناهم في كتاب النكاح
يحرم بسبب الرضاع فيحرم على الرجل ام زوجته وبنتها من زوج
اخر من الرضاع كما في النسب الا ان الام تحرم بنفس العقد
على البنت اذا كان صحيحا والبنت لا تحرم الا بالدخول
بالام كما في النسب وكذا تحرم حليلة ابن الرضاع وابن ابن الرضاع
جدات زوجته من ابيها وامها وان علون وبنات بناتها وبنات
ابنائها وان سفلن من الرضاع كما في النسب وكذا تحرم حليلة
ابن الرضاع وابن ابن الرضاع وان سفلوا على اب الرضاع وابي
ابيه وان علا كما في النسب وتحرم منكوحة اب الرضاع واب ابيه
وان علا على ابن الرضاع وابن ابنه وان سفل وكذا تحرم بالوطء
ام الموطوءة وبنتها من الرضاع على الواطئ وابنه من الرضاع
وكذا على اجداده وان علوا وعلى ابنا ابنائه وان سفلوا
كما في النسب سواء كان الوطء حلالا بان كان بملك اليمين
او كان الوطء بنكاح صحيح او فاسد او شبهة نكاح او كان زنا
عندنا وعند الشافعي الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة فلا يوجب

فلا يوجب حرمة الرضاع والمسئلة قد مرت في كتاب النكاح ثم قوله
النبي صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب يجري
على عمومه الا في مسئلتين **احديهما** انه لا يجوز للرجل ان يتزوج باخت
ابنه من النسب لابنه وهو ان يكون لابنه اخت لامه من النسب
من زوج اخر كان لها ويجوز ان يتزوج اخت ابنه من الرضاع وهو
ان يكون لابنه من الرضاع اخت من النسب لم ترضعها امراته لان
المانع في النسب كون ام الاخت موطوءة المتزوج لان امها اذا
كانت موطوءته كانت هي بنت الموطوءة والها حرام وهذا لم يوجد
في الرضاع ولو وجد لا يجوز كما لا يجوز في النسب **والثانية** انه
لا يجوز للرجل ان يتزوج ام اخته من النسب لابنه وهو ان
يكون له اخت من ابيه من النسب لا من امه لا يجوز له ان يتزوج
ام هذه الاخت ويجوز ان يتزوج ام اخته من الرضاع وهو
ان يكون له اخت من الرضاعة فيتزوج امها من النسب
لان المانع في النسب كون المتزوجة موطوءة ابيه وهذا
لم يوجد في الرضاع حتى لو وجد لا يجوز كما في النسب ويجوز
للرجل ان يتزوج اخت اخيه لابيه من النسب وصورته
منكوحة ابيه اذا ولدت ابنا ولها بنت من زوج اخر فهي
اخت اخيه لابيه فيجوز له ان يتزوجها وكذا يجوز للرجل ان
يتزوج اخت اخيه من الرضاع وهذا ظاهر ويجوز للزوج
المرضعة ان يتزوج ام المرضع من النسب لان المرضع
ابنه فيجوز للانسان ان يتزوج ام ابنه من النسب
وكذا ابو المرضع من النسب يجوز له ان يتزوج المرضعة
لانها ام ابنه من الرضاع فهي كام ابنه من النسب وكذا
يجوز له ان يتزوج محارم ام الصبي من الرضاعة او النسب
كما يجوز له ان يتزوج بامه والله الموفق للصواب

فصل واما صفة الرضاع المحرم فالرضاع المحرم
ما يكون في حال الصغر فاما ما يكون في حال الكبر فلا يحرم
عند عامة العلما وعامة الصحابه رضي الله عنهم **الا** ما روي
عن عايشه رضي الله عنها انه يحرم في الصغر والكبر جميعا
واحتجت بظاهر قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم
واخواتكم من الرضاعة من غير فصل بين حال الصغر والكبر
وروي ان ابا حذيفه تبنى سالما وكان يدخل على امراته
سهلة بنت سهيل فلما نزلت اية الحجاب اتت سهلة رسول الله صلى

الله عليه وسلم وقالت يا رسول الله كنا نرى سالما ولدا
وكان يدخل علينا وليس لنا الا بيت واحد فما ذا ترى في شانه
فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ارضعيه عشر رضعات
ثم يدخل عليك وكان سالما كبيرا فدل ان الرضاع في حال
الصغر والكبر محرم وقد عملت عايشه بهذا الخبر بعد وفاة
النبي صلى الله عليه وسلم حتى روي انها كانت اذا ارادت
ان يدخل عليها احد من الرجال امرت اختها ام كلثوم بنت
ابي بكر الصديق رضي الله عنه وبنات اخيها عبد الرحمن بن ابي
بكر الصديق ان ترضعنه فدل عملها بالحديث بعد وفاة النبي
صلى الله عليه وسلم على انه غير منسوخ **ولنا** ما روي
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل على عايشه رضي الله
عنها وجد عندها رجلا فتغير وجه رسول الله صلى الله عليه
وسلم فقال من هذا فقالت عايشه رضي الله عنها هذا عمي من
الرضاعة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انظرن ما الرضاعة
انما الرضاعة من المجاعة اشار الى ان الرضاع في الصغر وهو
المحرم اذ هو الذي يدفع الجوع فاما جوع الكبير فلا يندفع
بالرضاع **وروى** عن النبي صلى الله انه قال الرضاع ما انبت
اللحم وانشر العظم وذلك هو رضاع الصغير دون الكبير
لان رضاعه لا ينبت اللحم ولا ينشر العظم **وروي** عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه قال الرضاع ما فتق الامعا ورضاع
الصغير هو الذي يفتق الامعا لا رضاع الكبير لان امعاء
الصغير تكون ضيقة لا يفتقها الا اللبن لكونه من الطف
الاغذية كما وصفه الله تعالى في كتابه بقوله لبنا خالصا
سايغا للشاربين فاما امعا الكبير فمنفتقة لا يحتاج الى الفتق
باللبن وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
لا رضاع بعد فصال **وروي** ان رجلا من اهل البادية ولدت
امراته ولدا فات ولدها فورم ثدي المراة فجعل الرجل يمصه
ويمجه فدخلت منه جرعة حلقه فسال عنه ابا موسى الاشعري
رضي الله عنه فقال له قد حرمت عليك ثم جا الى بن مسعود
رضي الله عنه فساله فقال هل سالت عنها احدا قبلي فقال
نعم سالت ابا موسى الاشعري فقال حرمت عليك فجا
بن مسعود الى ابا موسى فقال له اما علمت انه لا يحرم من الرضاع
الا ما انبت اللحم فقال ابو موسى الاشعري لا تسالوني عن شي

ما دام هذا الخبر بين اظهركم **وعن** ابن عمر ان رجلاً جاء الى عمر رضي الله عنه فقال كان لي وليدة فاطاها فعمدت امرأتي اليها فارضعتها فدخلت عليها فقالت دونك فقد والله ارضعتها فقال عمر اوجعها وأت جاريتك فانما الرضاع عند الصغر **و**بهذا يتبين انه ليس المراد ان ليس المراد من الايه رضاع الكبير لان النبي صلى الله عليه وسلم فسّر الرضاع المحرم لكونه دافعا للجوع منبتا للحم منشزا للعظم فاتقا للامعاء وهذا وصف رضاع الصغير لا الكبير فصارت السنه مفسره لما في الكتاب **واما** حديث سالم فالجواب عن التعليق به من وجهين **احدهما** يحتمل انه كان مخصوصا بذلك يدل عليه ما روي ان سائر ازواج النبي صلى الله عليه وسلم ابين ان يدخل عليهن بالرضاع في حال الكبر احد من الرجال وقلن ما نرى الذي امر به النبي صلى الله عليه وسلم سهله بنت سهيل الا رخصة في سالم وحده فهذا يدل على ان سالما كان مخصوصا بذلك وما كان من خصوص بعض الناس لمعنى لا نعقله لا يحتمل القياس ولا يترك به الاصل المقرر في الشرع **والثاني** ان رضاع الكبير كان محرما ثم صار منسوخا كما ذكرنا من الاخبار **واما** عمل عائشه رضي الله عنها فقد روي عنها ما يدل على رجوعها فانه روي عنها انها قالت لا يحرم من الرضاع الا ما انبت اللحم والدم **و**روي انها كانت تامر بنت اخيها عبد الرحمن بن ابي بكر رضي الله عنه ان ترضع الصبيان حتى يدخلوا عليها اذا صاروا رجالا على ان عملها معارض بعمل سائر ازواج النبي صلى الله عليه وسلم فانهن كن لا يرين ان يدخل عليهن بتلك الرضاعه احد من الرجال والمتعارض لا يكون حجة واذا ثبت ان رضاع الكبير لا يحرم ورضاع الصغير يحرم فلا بد من بيان الحد الفاصل بين الصغير والكبير في حكم الرضاع المحرم **وقد** اختلف فيه قال ابو حنيفه رحمه الله ثلثون شهرا ولا يكون بعد ذلك سوا فطم او لم يفطم وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله حولان لا يحرم بعد ذلك فطم او لم يفطم وهو قول الشافعي رحمه الله وقال زفر رحمه الله ثلاثة احوال وقال بعضهم خمسة وعشرين سنه وقال بعضهم اربعون سنه **وجه قول ابي يوسف** ومحمد رحمهما الله قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعه جعل الله تعالى الحولين تمام مدة الرضاع وليس وراء التمام شي وبقوله

تعالى وفصاله في عامين وقوله وحمله وفصاله ثلاثون شهرا واقل مدة الحمل ستة اشهر فيبقى مدة الفصال حولين **وروي** عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا رضاع بعد الحولين وهذا نص في الباب **وجه قول ابي حنيفه** رحمه الله قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعه اثبت الحرمه بالارضاع مطلقا عن التعريض لزمان الارضاع الا انه قام الدليل على ان زمان ما بعد الثلثين شهرا ليس بمراد فيعمل باطلاقه فيما وراه وقوله تعالى فان ارادا فصالا عن تراض منهما وتشاور والاستدلال به من وجهين **احدهما** انه اثبت لهما ارادة الفصال بعد الحولين لان الفا للتعقيب فيقتضي بقا الرضاع بعد الحولين ليتحقق الفصال بعدهما **والثاني** انه اثبت لهما ارادة الفصال مطلقا عن الوقت ولا يكون الفصال الا عن الرضاع فدل على بقا حكم الرضاع في مطلق الوقت الى ان يقوم الدليل على التقييد وقوله تعالى وان اردتم ان تسترضعوا اولادكم اثبت لهم ارادة الاسترضاع مطلقا عن الوقت فمن ادعى التقييد بالحولين فعليه الدليل ولان الرضاع ولان الرضاع انما يوجب الحرمه لكونه منبتا للحم منشزا للعظم على ما نطق به الحديث **ومن** المحال عادة ان يكون منبتا في الحولين ثم لا ينبت بعد الحولين بساعة لطيفه لان الله سبحانه وتعالى ما اجرى العاده بتغيير الغذا الا في مدة معتبره ولان المراه قد تلد في البرد الشديد والحر الشديد فاذا تم على الصبي سنتان لا يجوز ان يؤمر المراة بفطامه لانه يخاف منه الهلاك على الصبي اذ لو لم يتعود بغيره من الطعام فلا بد ان يؤمر بالرضاع ومحال ان يؤمر بالرضاع ويحرم عليها الرضاع في وقت واحد فدل ان الرضاع بعد الحولين يكون رضاعا الا ان ابا حنيفه رحمه الله استحسن في تقديره بقا حكم الرضاع بعد الحولين بستة اشهر لانه اقل مدة تغير الغذا فان الولد يبقى في بطن امه ستة اشهر يتغذى بغذا امه ثم ينفصل فيصير اصلا في الغذا **وزفر** رحمه الله اعتبر بعد الحولين سنة كامله فقال لما ثبت حكم الرضاع في ابتدا السنه الثالثه لما قاله ابو حنيفه رحمه الله يثبت في بقيتها كالسنة الاولى والثانيه **واما** الاية الاولى فنقول ان الحولين مدة الرضاع في حق من اراد اتمام الرضاعه وهذا لا ينفي ان يكون الزايد على الحولين مدة الرضاع في حق من لم يرد

اتمام الرضاعة معا ان ذكر الشي بالتمام لا يمنع من احتمال الزيادة عليه
الا ترى الى قوله صلى الله عليه وسلم من وقف بعرفة فقد تم حجه وهذا
لا يمنع زيادة الفرض عليه فان طواف الزيارة من فروض الحج على ان
في الاية ان الحولين تمام مدة الرضاع لكنها تمام مدة الرضاع
في حق الحرمة او في حق وجوب اجر الرضاع على الاب والنص لا يتعرض
له **وعندنا** هما تمام مدة الرضاع في حق وجوب الاجر على الاب حتى ان
الام المطلقة اذا طلبت الاجر بعد الحولين ولا تجبر كما لا يجبر الاب على اجر الرضاع
فيما زاد على الحولين او تحمل الاية على هذا توفيقا بين الدلايل لان دلايل
الله تعالى لا تتناقض واما الاية الثانية فالفصال في عامين لا ينفي الفصال
في اكثر من عامين كما لا ينفيه في اقل من عامين لا ينفي الفصال في اقل من
عامين عن تراض منهما وتشاور فكان هذا استدلالا بالمسكوت
كقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا انه لا يمنع جواز الكتابة اذا
لم يعلم فيهم خيرا واما الاية الثالثة فيحتمل ما ذكرتم ان المراد من الحمل
هو الحمل بالبطن والفصال هو الفطام فيقتضي ان تكون مدة الرضاع
سنتين ومدة الحمل ستة اشهر كما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما
ويحتمل ان يكون المراد من الحمل الحمل باليد والحجر فيقتضي ان يكون
الثلاثون مدة الحمل والفصال جميعا لكنه يحمل ما التبس والحجر
في هذه المدة غالبا الا ان تكون بعض هذه المدة للحمل وبعضها
للفصال لان اضافة الشيئين الى وقت لا يقتضي قسمة الوقت
عليهما بل يقتضي ان يكون جميع ذلك الوقت مدة لكل واحد منهما
كقول القائل صومك وزكوتك في شهر رمضان هذا لا يقتضي
قسمة الشهر عليهما بل تقتضي كون الشهر كله وقتا لكل واحد منهما
فيقتضي ان تكون الثلاثون شهرا مدة الرضاع كما هو مذهب ابي
حنيفة رحمه الله فلا يكون حجة مع الاحتمال على انه ان وقع التعارض
بين ظاهر الايات لكن ما تلونا حاظر وما تلوتم مبيح والعمل
بالحاظر اولى احتياطا **واما** الحديث فالمشهور لا رضاع بعد
فصال ونحن نقول بموجبه لجواز ان يكون اصل الحديث هذا
فان من ذكر الحولين حمله على المعنى عنده ولو ثبت هذا اللفظ
فيحمل ان يكون معناه لا رضاع بعد الحولين على الاب اي في حق
الاب وجوب الاجر عليه على ما ذكرنا من تاويل الاية
او يحمل على هذا عملا بالدلايل كلها والله الموفق **ثم** الرضاع يحرم في
المدة على اختلافهم فيها سواء فطم في المدة او لم يفطم هذا جواب
ظاهر قول اصحابنا حتى لو فصل الرضيع في مدة الرضاع ثم سقي

بعد

بعد ذلك في المدة كان ذلك رضاعا محرما ولا يعتبر الفطام وانما يعتبر
الوقت فيحرم عند ابي حنيفة رحمه الله ما كان في السنتين ونصف وعندهما ما كان
في السنتين لان الرضاع في وقته عرف محرما في الشرع لما ذكرنا من
الدلايل من غير فصل بينهما اذا فطم او لم يفطم **وروي** الحسن عن
ابي حنيفة رحمهما الله انه قال اذا فطم في السنتين حتى استغنى
بالفطام ثم رجع بعد ذلك في السنتين او الثلثين شهرا لم يكن ذلك
رضاعا لانه لا رضاع بعد فطام وان هي فطمته واكل اكلا ضعيفا
لا يستغني به عن الرضاع ثم عاد فارضع كما يرضع اولا في الثلثين
الشهر فهو رضاع محرم كما يحرم رضاع الصغير الذي لم يفطم
ويحتمل ان يكون رواية الحسن تفسيرا لظاهر قول اصحابنا وهو
ان الرضاع في المدة انما يكون رضاعا محرما اذا كان رضاعا
تاما بان كان لا يستغني بالطعام عن الرضاع فان استغنى لا يحرم
بالاجماع ويحمل قول النبي صلى الله عليه وسلم لا رضاع بعد الفصال على
الفصال المتعارف المعتاد وهو الفصال التام المغني عن الرضاع
والله اعلم ويستوي في الرضاع المحرم قليله وكثيره عند عامة
العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم **وروي** عن ابن الزبير وعايشة
رضي الله عنهما ان قليل الرضاع لا يحرم وبه اخذ الشافعي
فقال لا يحرم الا خمس رضعات متفرقات **واحتج** بما روي عن
عايشة انها قالت عشر رضعات تحرم ثم صرن الى خمس
ثم توفي النبي صلى الله عليه وسلم وهو فيما يقرا **وروي** عن
النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا تحرم المصة ولا المصتان
ولا الاملاجة ولا الاملاجتان ولان الحرمة بالرضاع لكونه
منبتا للحم منشزا للعظم وهذا المعنى لا يحصل بالقليل منه فلا
يكون القليل محرما **ولنا** قوله تعالى وامهاتكم اللاتي
ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة مطلقا عن العدد **وروي** عن
علي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم انهم قالوا قليل الرضاع
وكثيره سواء **وروي** عن ابن عمر رضي الله عنهما انه قال الرضعة
الواحدة تحرم **وروي** انه لما بلغه ان عبد الله بن الزبير يقول
لا يحرم الرضعة ولا الرضعتان فقال قضاء الله خير من قضاء
ابن الزبير وتلا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم **وروي**
انه لما بلغه الخبر ان عايشة تقول لا تحرم المصة ولا المصتان
فقال حكم الله اولى من حكمها **واما** حديث عايشة فقد قيل انه
لم يثبت وهو الظاهر فانه روي انها قالت توفي رسول الله صلى الله

عليه وسلم وهو مما يتلى في القرآن ثم الذي نسخه ولا نسخ بعده فإذا
النبي صلى الله عليه وسلم ولا يحتمل أن يقال ضاع شيء من القرآن ولهذا
ولهذا ذكر الطحاوي في اختلاف العلماء أن هذا حديث منكر وأنه من صيابا
الحديث ولئن ثبت فيحتمل أنه كان في رضاع الكبير فنسخ العدد فنسخ
رضاع الكبير **وأما** حديث المصة والمصتين فقد ذكر الطحاوي
أن في إسناده اضطرابا لأن مداره على عروة بن الزبير عن عائشة وروي
أنه سئل عروة عن الرضاعة فقال ما كان في الحولين وإن كان قطرة
واحدة يحرم والراوي إذا عمل بخلاف ما روى أوجب ذلك وهنا في
الحديث إذ لو ثبت عنده لعمل به على أنه إن ثبت فيحتمل أن الحرمة لم
تثبت لعدم القدر المحرم ويحتمل أنها لم تثبت لما لم يعلم أن اللبن
وصل إلى جوف الصبي أم لا وما لم يصل لا يحرم فلا تثبت الحرمة
بهذا الحديث بالاحتمال ولهذا قال ابن عباس رضي الله عنهما إذا
عفى الصبي فقد حرم حين سئل عن الرضعة الواحدة هل تحرم لأن
العفي اسم لما يخرج من بطن الصبي حين يولد أسود لزج إذا
وصل اللبن إلى جوفه يقال هل عفيتم صبيكم أي هل سقيتموه عسلا
ليسقط عنه عفيه إنما ذكر ذلك ليعلم أن اللبن قد صار في جوفه وذلك
لأنه لا يعفى من ذلك اللبن حتى يصير في جوفه **ويحتمل** أنه كان
في إرضاع الكبير حين ما كان محرما ثم نسخ بأصله وقدره ويحتمل
أنه كان ذلك في إرضاع الكبير حين ما كان محرما على أن هذه الأحاديث
إن ثبتت فهي مبيحة وما تلونا محرم والمحرم يقضي على المبيح
احتياطا **وأما** قوله أن الرضاع إنما يحرم لكونه منبتا للحم
منشزا للعظم فنقول القليل ينشر بقدره فوجب أن يحرم
ثم هذا الاعتبار باطل على أصله لأن الجرعة والجرعتين الكبيرة
عنده لا يحرم ومعلوم أن الجرعة الواحدة الكبيرة في إنبات اللحم
وإنشاز العظم فوق خمس رضعات صغار فدل أنه لا مدار
على هذا وكذا يستوي فيه لبن الحية والميتة بأن يحلب لبنها
بعد موتها في قدح فأوجر به الصبي يحرم عندنا وقال الشافعي
رحمه الله لبن الميتة لا يحرم ولا خلاف في أنه إذا حلب لبنها
في حال حياتها في إناء فأوجر به الصبي بعد موتها أنه يثبت
الحرمة **وجه قوله** أن حكم الرضاع هو الحرمة والمرأة بالموت
خرجت من أن تكون محتملة لهذا الحكم ولهذا لم يثبت الحكم
حرمة المصاهرة بوطئها عندكم فصار لبنها كلبن البهائم ولو
ارتضع صغيران من لبن بهيمة لا يثبت حرمة الرضاع بينهما كذا هذا

تلونا

وإذا لم تثبت الحرمة في حقها لا تثبت في حق المرضعة ولأن المرضعة أصل
في هذا الحكم فإذا لم تثبت في حقها لا تثبت في حق من يتعدى إلى غيرها
فإذا لم تثبت في حقها فكيف يتعدى إلى غيرها بخلاف ما إذا حلب حال
حياتها ثم أوجر الصبي بعد موتها لأنها كانت محلا قابلا للحكم وقت
انفصال اللبن منها فلا يبطل بموتها بعد ذلك وههنا بخلافه
ولأن اللبن قد يتنجس بموتها لتنجس وعائه وهو الثدي فأشبه
البول والدم **ولنا** الحديث المشهور عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم أنه قال يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب واسم الرضاع
لا يتوقف على الارتضاع من الثدي فإن العرب تقول يتيم راضع
وإن كان يرضع بلبن الشاة والبقر فلا على فعل الإرضاع منها
بدليل لو ارتضع الصبي منها وهي نائمة يسمى ذلك رضاعا حتى
يحرم ويقال أيضا أرضع هذا الصبي بلبن هذه الميتة كما يقال
أرضع بلبن الحية وقوله صلى الله عليه وسلم الرضاعة من المجاعة
وقوله الرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم وقوله الرضاع ما
فتق الأمعاء ولبن الميتة يدفع الجوع وينبت اللحم وينشز العظم
ويفتق الأمعاء فيوجب الحرمة ولأن اللبن كان محرما حال حياتها
والعارض هو الموت واللبن لا يموت كالبيضة كذا روي عن
عمر رضي الله عنه اللبن لا يموت ولأن الموت يحل محل الحياة ولا
حياة في اللبن ألا ترى أنها لا تتألم بأخذه في حال حياتها
والإنسان والحيوان يتألم بأخذ ما فيه حياة من لحمه وسائر
أعضائه وإذا لم يكن فيه حياة كان حاله بعد موت المرأة كحاله
كحاله قبل موتها وقبل موتها محرم كذا بعده **وأما** قوله المرأة
بالموت خرجت من أن تكون محلا للحرمة وهي الأصل في هذه الحرمة
فنقول الحرمة في حال الحياة ما ثبتت باعتبار الأصالة والتبعية
بل باعتبار إنبات اللحم وإنشاز العظم وقد بقي هذا المعنى بعد
الموت فتبقى الحرمة بخلاف حرمة المصاهرة لأنها ثبتت لدفع
فساد قطيعة الرحم أو باعتبار الجزئية والبعضية لكون الوطء
سببا لحصول الولد وكل واحد من المعنيين لا يتقرر بعد الموت
لذلك افترقا وقوله اللبن يتنجس بالموت ممنوع وهذا شيء بناه
على أصله أما على أصل أصحابنا لا يتنجس بالموت بل طاهر
بعد الموت وإن تنجس الوعاء الأصلي ونجاسة الظرف إنما توجب
إنما توجب نجاسة المظروف إذا لم يكن الظرف معدنا للمظروف
وموضعا له في الأصل فأما إذا كان ذلك موضعه ومظانه فنجاسته

لا توجب نجاسة المظروف اذا كان الظرف طاهرا في نفسه **الا ترى** ان الدم
الذي يجري بين اللحم والجلد في المذكا لا ينجس اللحم لما كان في معدنه وموطانه
فكذلك اللبن **والدليل** عليه انه لو حلب لبنها في حال حياتها في وعا نجس
فاوجر به الصبي يحرم ولا فرق بين الوعايين اذ النجس في الحالين ما جاور
اللبن ثم نجاسة الوعا الذي للبن بعد انفصال اللبن لما لم يمنع وقوع التحريم
فما هو معدن له اولي ويستوي في تحريم الرضاع الارتضاع والاستعاط
والايجار لان المؤثر في التحريم هو حصول الغذا باللبن وانبات اللحم
وانشاز العظم وسد المجاعة لان به يتحقق الجزوية وذلك يحصل
بالاستعاط والايجار لان السعوط يصل الي الدماغ ويصل الي الحلق
فيغذي ويسد الجوعة والوجور يصل الي الجوف فيغذي **واما**
الاقطار في الاذن فلا يحرم لانه لا يعلم وصوله الي الدماغ لضيق
الخرق في الاذن وكذلك الاقطار في العين والدبر لما قلنا وكذلك
الاقطار في الجايفة والامة لان الجايفة تصل الي الجوف لا الي
المعدة وفي الامة ان كان تصل الي المعدة لكن ما يصل اليها من
الجراحة لا يحصل به الغذا فلا تثبت الحرمة به والحقنة لا تحرم
بان حقن الصبي باللبن في الرواية المشهورة **وروي** عن محمد انها تحرم
وجه هذه الرواية انها وصلت الي الجوف حتي اوجبت فساد الصوم
فصار كما لو وصل الي الجوف من الفم **وجه ظاهر الرواية** ان المعتبر
في هذه الحرمة هو معني التغذي والحقنة لا تصل الي موضع لان
موضع الغذا هو المعدة والحقنة لا تصل اليها فلا يحصل بها انبات اللحم
ونشوز العظم واندفاع الجوع فلا يوجب الحرمة ولو جعل اللبن مخيضا
او رايبا او شيرازا او جبنا او اقطا او مصلا فتناوله الصبي
لا تثبت به الحرمة لان اسم الرضاع لا يقع عليه وكذا لا ينبت اللحم
ولا ينشز العظم ولا يكتفي به الصبي في الاغتذا فلا يحرم ولو اختلط
اللبن بغيره فهذا علي وجوه **اما** ان اختلط بالطعام او بالدوا او بالما
او بلبن البهايم او بلبن امراة اخري فان اختلط بالطعام فان مسته
النار حتي نضج لم يحرم في قولهم جميعا لانه تغير عن طبعه بالطبخ
وان لم تمسه النار فان كان الغالب هو الطعام لم تثبت الحرمة لان
الطعام اذا غلب سلب قوة اللبن وازال معناه وهو التغذي فلا
تثبت به الحرمة وان كان اللبن غالبا للطعام وهو طعام يستبين
لا تثبت به الحرمة في قول ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله تثبت **وجه قولهما** ان اعتبار الغالب والحاق
المغلوب بالعدم اصل في الشرع فيجب اعتباره ما امكن كما اذا اختلط

بالما

بالما او بلبن الشاه **وجه قول ابي حنيفة** رحمه الله ان الطعام وان كان
اقل من اللبن فانه يسلب قوة اللبن فانه يرق ويضعف بحيث يظهر ذلك
في حس البصر فلا تقع الكفاية به في تغذية الصبي فكان اللبن مغلوبا معنى
وان كان غالبا صورة وان اختلط بالدوا او بالدهن او بالنبيذ يعتبر فيه
الغالب فان كان اللبن غالبا يحرم لان هذه الاشيا لا تخل بصفة اللبن وصيرورته
غذا بل تقرر ذلك لانها انما تخلط باللبن ليوصل اللبن الي ما كان
لا يصل اليه بنفسه لاختصاصها بقوة التنفيذ ثم اللبن بانفراده
يحرم فمع هذه الاشيا اولي وان كان الدوا هو الغالب لا تثبت به
الحرمة لان اللبن اذا صار مغلوبا صار مستهلكا فلا يقع به التغذي
فلا تثبت به الحرمة وكذا اذا اختلط بالما يعتبر فيه الغالب ايضا
فان كان اللبن غالبا تثبت به الحرمة وان كان الما غالبا لا تثبت
وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله اذا اقطر من الثدي مقدار
خمس رضعات في جب من ما يسقي منه الصبي تثبت الحرمة **وجه قوله**
ان اللبن وصل الي جوف الصبي بقدره في وقته فتثبت الحرمة كما اذا
كان اللبن غالبا ولا شك في وقت الرضاع والدليل علي ان القدر
المحرم وصل الي جوف الصبي ان اللبن وان كان مغلوبا فهو موجود
شايع في اجزا الما وان كان لا يري فيوجب الحرمة **ولنا** ان الشرع
علق الحرمة في باب الرضاع بمعني التغذي علي ما نطقت به الاحاديث
واللبن المغلوب بالما لا يغذي الصبي لزوال قوته الا ترى انه لا يقع
الاكتفا به في تغذية الصبي فلا يكون محرما وقد خرج الجواب عما ذكره
المخالف وذكر الجصاص رحمه الله ان جواب الكتاب ينبغي ان يكون
قولهما فاما علي قول ابي حنيفة رحمه الله ينبغي ان لا يحرم وان كان
اللبن غالبا وقياس الما علي الطعام وجمع بينهما من حيث ان اختلاطه
بالما يسلب قوته وان كان الما قليلا كاختلاطه بالطعام القليل
وفي ظاهر الرواية اطلق الجواب ولم يذكر الخلاف ولو اختلط
بلبن البهايم كلبن الشاة وغيره لك يعتبر فيه الغالب لما ذكرنا
ولو اختلط لبن امراة بلبن امراة اخري فالحكم للغالب منهما في قول
ابي يوسف وروي عن ابي حنيفة رحمه الله كذلك وعند محمد رحمه الله
تثبت الحرمة منهما جميعا وهو قول زفر رحمه الله **وجه قول محمد** رحمه الله
ان اللبن من جنس واحد والجنس لا يغلب الجنس فلا يكون خلط الجنس
بالجنس استهلاكا فلا يصير القليل مستهلكا في الكثير فيغذي كل
واحد منهما بقدره بانبات اللحم وانشاز العظم وسد الجوعة لان احدهما
لا يسلب قوة الاخر والدليل علي ان خلط الجنس بالجنس لا يكون استهلاكا

فلا يصير القليل مستهلكا في الكثير لما ان من غصب من آخر زيتا فخلطه
بزيت آخر اشترك فيه في قولهم جميعا وان خلطه بشيرج او بدهن آخر
من غير جنسه يعتبر الغالب فان كان الغالب هو المغصوب كان لصاحبه
ان يأخذه ويعطيه قسط ما اختلط بزيته وان كان الغالب غير المغصوب
صار المغصوب مستهلكا فيه ولم يكن له ان يشاركه فيه ولكن الغاصب
يغرم له مثل ما غصبه فدل ذلك على اختلاف حكم الجنس الواحد
والجنسين وابو يوسف رحمه الله اعتبر هذا النوع من الاختلاط
باختلاط اللبن بالماء وهناك الحكم للغالب كذا ههنا **ولمحمد** رحمه الله
ان يفرق بين الفصلين فان اختلاط اللبن بما هو من جنسه لا يوجب
الاخلال بمعنى التغذي من كل واحد منهما بقدره لان احدهما لا يسلب
قوة الآخر وليس كذلك اختلاط اللبن بالماء والمائع لان اللبن مغلوب لان
الماء يسلب قوة اللبن اذ يحل به فلا يحصل التغذي او يحل والله اعلم
وان طلق الرجل امرأته ولها لبن من ولد كانت ولدته منه فانقضت
عدتها وتزوجت بزوج آخر وهي كذلك فارضعت صبيا عند
الثاني ينظر ان ارضعت قبل ان تحمل من الثاني فالرضاع من الاول
بالاجماع لان اللبن نزل من الاول فلا يرتفع حكمه بارتفاع النكاح
كما لا يرتفع بالموت وكما لو حلب منها لبن ثم ماتت لا يبطل حكم الرضاع
عن لبنها كذا هذا وان ارضعت بعد ما حملت من الثاني قبل ان تضع
فالرضاع من الاول الى ان تضع في قول ابي حنيفة رحمه الله وقال
ابو يوسف رحمه الله ان علم ان هذا اللبن من الثاني بان ازداد اللبن
فالرضاع من الثاني وان لم يعلم فالرضاع من الاول وروي
عنه الحسن بن زياد انها اذا حبلت فاللبن للثاني وقال محمد وزفر
رحمهما الله الرضاع منهما جميعا الى ان تلد فاذا ولدت فهو من
الثاني **وجه قول محمد** رحمه الله ان اللبن الاول باق والحمل سبب
لحدوث زيادة لبن فيجتمع لبنان في ثدي واحد فتثبت الحرمة بهما
كما قال في اختلاط اللبنين بالآخر بخلاف ما اذا وضعت لان اللبن
الاول ينقطع بالوضع ظاهرا وغالبا فكان اللبن من الثاني فكان
الرضاع **وجه ظاهر قول ابي يوسف** ان الحامل قد ينزل لها
لبن فلما ازداد لبنها عند الحمل من الثاني دل ان الزيادة من الحمل
الثاني اذ لو لم يكن لكان لا يزداد بل ينتقص اذ العادة ان اللبن
ينتقص بمضي الزمان ولا يزداد فكانت الزيادة دليلا على اختصاص
الحمل الثاني **وجه رواية الحسن عنه** ان العادة ان بالحمل
ينقطع اللبن الاول ويحدث عنده لبن آخر فكان الموجود عند

الحمل الثاني من الحمل الثاني لا من الاول وكان الرضاع منه لا من الاول
وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان نزول اللبن من الاول ثبت بيقين
لان الولادة سبب لنزول اللبن بيقين عادة فكان حكم الاول ثابتا
بيقين فلا يبطل حكمه ما لم يوجد سبب آخر مثله بيقين وهو ولادة
اخرى لا الحمل لان الحامل قد ينزل لها اللبن بسبب الحمل وقد لا ينزل
حتى تضع والثابت بيقين لا يزول بالشك **واما على قول ابي يوسف**
لما ازداد اللبن دل على حدوث اللبن من الثاني فممنوع ان زيادة
اللبن تدل على حدوث اللبن من الحمل فان لزيادة اللبن اسبابا
من زيادة الغذاء وجودته وصحة اللبن واعتدال الطبيعة وغير
ذلك فلا يدل الحمل على حدوث الزيادة بالشك فلا ينقطع الحكم عن الاول
بالشك وقد خرج الجواب عما قاله محمد رحمه الله والله الموفق للصواب
ويستوي في تحريم الرضاع الرضاع المقارن للنكاح والطارئ
عليه لان دلائل التحريم لا يوجب الفصل بينهما **وبيان هذا الاصل**
في مسائل **اذا** تزوج صغيرة فارضعتها امه من النسب او من الرضاع
حرمت عليه لانها صارت اختا له من الرضاعة فتحرم عليه كما في النسب
وكذا اذا ارضعتها اخته او بنته من النسب او من الرضاعة لانها
صارت بنت اخته او بنت بنته من الرضاعة وانها تحرم من الرضاع
كما تحرم من النسب ويجوز ان يتزوج احديهما ايتهما شا ولو تزوج صغيرتين
رضيعتين فجاءت امرأة اجنبية فارضعتهما على التعاقب او معا حرمتا
عليه لانهما صارتا اختين من الرضاعة فيحرم الجمع بينهما في حالة
البقاء كما يحرم في حالة الابتداء كما في النسب ويجوز ان يتزوج احدهما
ايتهما شا لان المحرم هو الجمع كما في النسب فان كن ثلاثا فارضعتهن
جميعا معا حرمن عليه لانهن صرن اخوات من الرضاعة فيحرم الجمع
بينهن وله ان يتزوج واحدة منهن ايتهن شا لما قلنا وان ارضعتهن
على التعاقب واحدة بعد واحدة حرمت عليه الاوليان وكانت
الثالثة امرأته لانها لما ارضعت الاولى والثانية صارتا اختين
فبانتا منه فاذا ارضعت الثالثة فقد صارت اختا لهما لكنهما
اجنبيتين فلا يتحقق الجمع فلا تبين منه وكذا اذا ارضعت الثنتين
معا ثم الثالثة حرمتا والثالثة امرأته لما قلنا ولو ارضعت
الاولى ثم الثنتين معا حرمن جميعا لان الاولى لم تحرم كذا
الارضاع لعدم الجمع فاذا ارضعت الاختين معا صرن اخوات
في حالة واحدة فيفسد نكاحهن ولو كن اربعا صبايا فارضعتهن
على التعاقب واحدة بعد واحدة حرمن جميعا لانها لما ارضعت

الثالثة فقد صارت اختا للاولى فحصل الجمع بينهما وحكم المهر والرجوع
كما ذكرنا فلما ارضعت الثالثة بعد بين الاختين من الرضاعة فبانتا ولما ارضعت
الرابعة فقد صارت اختا للثالثة فحصل الجمع فبانتا وحكم المهر
والرجوع في هذه المسائل نذكره في المسئلة التي تليها **وهي** ما اذا
تزوج كبيرة وصغيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة اما حكم النكاح
فقد حرمتا عليه لان الصغيرة صارت بنتا لها والجمع بين الام
والبنت من الرضاع نكاحا حرام كما يحرم من النسب ثم ان كان
ذلك بعد ما دخل بالكبيرة لا يجوز له ان يتزوج واحدة منهما ابدا
كما في النسب ولا يجوز ان يتزوج الكبيرة ابدا لانها ام منكوحته
من الرضاع فيحرم بمجرد نكاح البنت دخل بها او لم يدخل كما في النسب
واما حكم المهر فاما الكبيرة فان كان قد دخل بها فلها جميع مهرها
سوا تعمدت الفساد او لم تتعمد لان المهر قد تاكد بالدخول فلا
يحتمل السقوط بعد ذلك فلها مهرها ولها السكنى ولا نفقة لها
لان السكنى تجب حقا لله تعالى فلا يسقط بفعلها والنفقة
تجب حقا لها بطريق الصلة وبالارضاع خرجت عن استحقاق الصلة
وان كان لم يدخل بها سقط مهرها فلا مهر لها ولا سكنى ولا نفقة
سوا تعمدت الفساد او لم تتعمد لان الاصل ان الفرقة الحاصلة قبل
الدخول يوجب سقوط كل المهر لان المبدل يعود سليما الى المراة وسلامة
المبدل لاحد المتعاقدين يوجب سلامة البدل للاخر لئلا يجتمع
البدل والمبدل في ملك واحد في عقد واحد المبادلة كان ينبغي
ان لا يجب على الزوج شي سوا كانت الفرقة بغير طلاق او بطلاق الا ان
الشرع اوجب عليه في الطلاق قبل الدخول مالا مقدرا بنصف المهر المسمى
ابتدا بطريق المتعة صلة لها تطييبا لقلبها لما لحقها من وحشة الفراق
بفوات نعمة الزوجية عنها من غير رضاها فاذا ارضعت فقد
رضيت بارتفاع النكاح فلا تستحق شيا **واما** الصغيرة فلها
نصف المهر على الزوج عند عامة العلما وقال مالك رضي الله
عنه لا شي لها **وجه قوله** ان الفرقة جات لوجود علة الفرقة
منها وهي ارتضاعها لان بذلك يحصل اللبن في جوفها فينبت
اللحم وينشز العظم ويحصل الجزوية التي هي المعنى المؤثر في الحرمة
وانما الموجود من المرضعة التمكين من ارضاعها بالقامها ثديها
وكانت محصلة للشرط والحكم للعلة لا للشرط فلا يجب على الزوج
للصغيرة شي ولا يجب على المرضعة للزوج شي ايضا **ولنا**
ما ذكرنا ان الفرقة منهما كانت توجب سقوط كل المهر لما ذكرنا

وانما

وانما يجب نصف مهر مقدرا بالمسمى ابتدا صلة للمراة نظرا لها
ولم يوجد من الصغيرة ما يوجب خروجها عن استحقاق الصلة لان
فعلها لا يوصف بالحظر وليست هي من اهل الرضا ليجعل فعلها
دلالة الرضا بارتفاع النكاح فلا تحرم نصف الصداق بخلاف
الكبيرة لان اقدامها على الارضاع دلالة الرضا بارتفاع النكاح
وهي من اهل الرضا وارتضاعها جناية فلا تستحق النظر
على جنايتها بل تستحق الزجر وذلك بالحرمان لئلا تفعل مثله
في المستقبل فلا يجب لها شي سوا تعمدت الفساد او لم تتعمد
لان فعلها جناية في الحالين ويرجع الزوج بما ادى على الكبيرة
ان كانت تعمدت الفساد وان كانت لم تتعمد لم يرجع عليها كذا ذكره
مشايخنا قول محمد رحمه الله تعالى **وروي** عن محمد ان له ان يرجع
عليها سوا تعمدت الفساد وان كانت لم تتعمد وهو قول
زفر بن الهذيل وبشر بن غياث المريسي والشافعي رحمهم الله
وجه قولهم ان هذا ضمان اتلاف وانه لا يختلف بالعمد والخطا
والدليل على ان هذا ضمان الاتلاف وانه لا يختلف ان الفرقة
حصلت من قبلها بارضاعها ولهذا لم تستحق المهر اصلا وراسا
سوا تعمدت الفساد او لم تتعمد واذا كان حصول الفرقة من قبلها
بارضاعها صارت بالارضاع موكدة نصف المهر على الزوج لانه كان
محتملا للسقوط بردتها او تمكينها من ابن زوجها او تقبيلها اذا كبرت
فهي بالارضاع اكدت نصف الصداق عليه بحيث لا يحتمل السقوط
فصارت متلفة عليه ماله فتضمن **وجه قول محمد** رحمه الله انها
وان تعمدت الفساد فهي صاحبة شرط في ثبوت الفرقة لان علة
الفرقة هي ارتضاع الصغيرة لما بينا والحكم يضاف الى العلة
لا الى الشرط على ان ارضاعها ان كان سبب الفرقة فهو سبب محض
لانه طرى عليه فعل اختياري وهو ارتضاع الصغيرة والسبب
اذا اعترض عليه فعل اختياري يكون سببا محضا والسبب المحض
لا حكم له وان كان صاحب السبب متعديا في مباشرة السبب
كفتح باب الاصطبل والقفص حتى خرجت الدابة وضلت او طار
الطير وضاع ولان الضمان لو وجب عليها اما ان يجب بالاتلاف هلاك النكاح
او بتاكيد الصداق او بتاكيد نصفه والنصف الباقي بقي واجبا
بالنكاح السابق ولا وجه للثالث لان التاكيد لا يماثل التفويت
فلا يكون اعتدا بالمثل **وجه قول ابي حنيفة وابي يوسف** ان الكبيرة
وان كانت محصلة شرط الفرقة وعلة الفرقة من الصغيرة كما ذكره

محمد رحمه الله لكن الاصل ان الشرط مع العلة اذا اشتركا في الحظر والاباحة
اي في سبب المواخذه وعدمه فاضافة الحكم الى العلة اولى من اضافته
الى الشرط فاما اذا كان الشرط محظورا والعلة غير موصوفة بالحظر
فاضافة الحكم الى الشرط اولى من اضافته الى العلة كما في حفر البير
على قارعة الطريق فالكبيرة اذا لم تكن تعمدت الفساد كان
الشرط محظورا وهو ارضاع الكبيرة والعلة غير موصوفة
بالحظر وهي ارتضاع الصغيرة فكان اضافة الحكم الى الشرط
اولى واذا اضيفت الفرقة الى الكبيرة عند تعمدها الفساد
وجب نصف المهر للصغيرة على الزوج ابتدا ملازما للفرقة
صارت الفرقة الحاصلة منها كانها علة لوجوبه لانه بقي
النصف بعد الفرقة واجبا بالنكاح السابق لان ذلك قول
بتخصيص العلة لانه قول ببقا نصف المهر مع وجود العلة المسقطة
لكله وانه باطل فصارت الكبيرة متلفة هذا القدر من المال
على الزوج اذ الاداء مبني على الوجوب فيثبت له حق الرجوع عليها
ولهذا المعنى وجب الضمان على شهود الطلاق قبل الدخول
اذا رجعوا بالاجماع بخلاف ما اذا لم تتعمد الفساد لان عند عدم
التعمد لا تكون الفرقة مضافة الى فعل الكبيرة فلم يوجد منها
علة وجوب نصف المهر على الزوج فلا يرجع عليها واما مسئلة
فتح باب الاصطبل والقفص فكما يلزمها يلزم محمدا لان عنده يضمن
الفاتح وان اعترض على الفتح فعل اختياري وقد خرج الجواب عن
الباقي فافهم ثم تعمد الفساد يثبت بثلاثة اشيا بعلمها بنكاح
الصغيره وعلمها بفساد النكاح بارضاع وعدم الضروره وهي
ضروره خوف الهلاك على الصغيرة لو لم ترضعها والقول قولها
في انها لم تتعمد الفساد مع يمينها لان الزوج بدعوى الفساد
يدعي عليها الضمان وهي تنكر فكان القول قولها **وعلى هذا** حكم المهر
والرجوع في المسايل المتقدمه من الاتفاق والاختلاف ولو تزوج
كبيره وصغيرتين فارضعتهما الكبيرة فان ارضعتهما معا حرمن
عليه لانهما جميعا صارتا بنتين للمرضعه فصار جامعا بينهن
نكاحا فحرمن عليه ولا يجوز له ان يتزوج الكبيرة ابدا سوا دخل
بها او لم يدخل لانها ام منكوحته بنفس العقد على البنت ولا يجوز
له ان يجمع بين الصغيرتين نكاحا ابدا لانهما صارتا اختين
من الرضاع ويجوز ان يتزوج باحدهما ان كان لم يدخل بالكبيرة
لانها ربيبته من الرضاع فلا تحرم بمجرد العقد على الام كما في النسب

وان

وان كان قد دخل بها لا يجوز كما في النسب وان ارضعتهما على التعاقب
واحده بعد اخرى فقد حرمت الكبيرة مع الصغيرة الاولى لانها لما ارضعت
الاولى صارت بنتا لها فحصل الجمع بين الام والبنت فبانتا **واما** الصغيرة
الثانية فانها ارضعتها بعد ما بانت الكبيرة فلم يصر جامعا لكنها ربيبته
من الرضاع فان كان قد دخل بامها تحرم عليه والا فلا ولا يجوز
نكاح الكبيرة بعد ذلك ولا الجمع بين الصغيرتين لما ذكرنا ولو
تزوج كبيرة وثلاث صبيات فارضعتهن على التعاقب واحدة بعد
الاخرى حرمن جميعا لانها لما ارضعت الاولى صارت بنتا لها فحصل
الجمع بين الام والبنت فحرمتا عليه فلما ارضعت الثانية فقد ارضعتها
والكبيرة والصغيرة الاولى مبانتان فلا تحرم بسبب الجمع لعدم الجمع
ولكن ينظر ان كان قد دخل بالكبيرة تحرم عليه لانها ربيبته وقد
دخل بامها وان كان لم يدخل بها لا تحرم عليه للحال حتى ترضع
الثالثة فاذا ارضعت الثالثة حرمتا عليه لانهما صارتا اختين
والحكم في تزوج بعد ذلك والجمع بين الصغيرتين وتزوج الصغاير
على نحو ما ذكرنا ولو تزوج صغيرتين وكبيرتين فعمدت الكبيرتان
فعمدت الكبيرتان الى احدى الصغيرتين فارضعتاها احدهما
بعد الاخرى ثم ارضعتا الصغيرة الثانية واحدة بعد الاخرى
بانت الكبيرتان والصغيرة الاولى والصغيرة الثانية امراته
لانهما لما ارضعتا الصغيرة الاولى صارت كل واحدة من الكبيرتين
ام امراته وصارت الصغيرة بنت امراته فصار جامعا بينهن
فحرمن عليه فلما ارضعتا الثانية فقد ارضعتاها بعد
ثبوت البينونة فلم يصر جامعا فلا تحرم هذه الصغيرة بسبب
الجمع ولكنها بنت منكوحة كانت له فان كانت لم يدخل بها لا تحرم
عليه وان كان قد دخل بها تحرم ولا يجوز له نكاح الكبيرتين
بعد ذلك بحال والامر في جواز نكاح الصغيرة الاولى على
التفصيل الذي مر ولو كانت احدى الكبيرتين ارضعت الصغيرتين
واحدة بعد الاخرى ثم ارضعت الكبيرة الاخرى الصغيرتين
واحدة بعد الاخرى ينظر ان كانت الكبيرة الاخيرة بدات
بالتي بدات بها الكبيرة الاولى بانت الكبيرتان والصغيرة
الاخرى امراته وان كانت بدات بالتي لم تبدا بها الاولى
حرمن جميعا فلما ارضعت الاخرى ارضعتها وهي اجنبية
فلم يتحقق الجمع لكن صارت الاخرى ربيبته فلا تحرم اذا كان
لم يدخل بامها وان كان قد دخل بها تحرم واذا كانت الكبيرة

الاخيرة بدأت بالتي لم يبدا بها الكبيرة الاولى فقد صارت بنتا لها فصارا جامعا بين الام والبنت فحرمتا عليه كما حرمت الكبيرة
الاولى مع الصغيرة الاولى فحرمن جميعا ولو كانت تحته صغيرة
وكبيرة فارضعت ام الكبيرة الصغيرة بانتا لانهما
صارتا اختين وكذلك لو ارضعت اخت الكبيرة الصغيرة
لانها صارت بنت اخت امراته والجمع بين المراة وبين
بنت اختها لا يجوز في الرضاع كما لا يجوز في النسب ولو ارضعتها
عمة الكبيرة او خالتها لم تبن لانها صارت بنت عمتها او بنت
خالتها في النسب كما في الرضاع ولو طلق رجل امراته ثلاثا ه
ثم ارضعت المطلقة قبل انقضاء عدتها امراة له صغيرة بانت
الصغيرة لانها صارت بنتا لها فحصل الجمع في حال العدة ه
والجمع في حال العدة كالجمع في حال قيام النكاح ولو زوج ابنه
وهو صغير امراة لها لبن فارتدت وبانت من الصبي ثم
اسلمت وتزوجها رجل فحبلت منه فارضعت بلبنها ذلك هذا
الصبي الذي كان زوجها حرمت على زوجها الثاني كذا ه
روى بشر بن الوليد الكندي عن محمد رحمه الله لان ذلك ه
الصبي صار ابنا لزوجها فصارت هي منكوحة ابنه من الرضاع
فحرمت عليه ولو زوج رجل ام ولده مملوكا له صغيرا فارضعته
بلبن السيد حرمت على زوجها وعلى مولاها لان الزوج صار
ابنا للمولى فصارت هي موطوءة ابنه من الرضاع فحرمت عليه
ولو زوج رجل ام ولده مملوكا له صغيرا فارضعته بلبن
السيد حرمت على مولاها وعلى زوجها لان الزوج صار ابنا
للمولى فصارت هي موطوءة ابنه فتحرم عليه ولا يجوز للمولى ان
يطاها بملك اليمين لانها منكوحة ابنه ولو زوج صغيرة فطلقها
ثم تزوج كبيرة ~~ولو تزوج صغيرة فطلقها~~ لها لبن فارضعتها
حرمت عليه لانها صارت ام منكوحة كانت له فتحرم بنكاح
البنت والله الموفق **فصل واما بيان ما يثبت به**
الرضاع اي يظهر به فالرضاع يظهر باحد امرين **احدهما** الاقرار
والثاني البينة **اما** الاقرار فهو ان يقول لامراة تزوجها
هي اختي من الرضاع او امي من الرضاع او ابنتي من الرضاع ه
ويثبت على ذلك ويصر عليه فيفرق بينهما لانه اقر ببطلان
ما يملكه بطاله للحال فيصدق فيه على نفسه واذا صدق
لا يحل له وطيها والاستمتاع بها فلا يكون في بقاء النكاح فايدة

فيفرق بينهما لانه اقر ببطلان سواء صدقته او كذبته لان الحرمة ه
ثابتة في زعمه ثم ان كان قبل الدخول بها فلها نصف الصداق ان كذبته
لان الزوج مصدق على نفسه لا عليها بابطال حقها في المهر وان صدقته
فلا مهر لها لتصادقهما على ان لا حق لها في المهر وان كان بعد الدخول
بها فلها كمال المهر والنفقة والسكنى لانه غير مصدق في حقها
بابطال حقها فان اقر بذلك ثم قال اوهمت او اخطات او غلطت
او نسيت او كذبت فهما على النكاح ولا يفرق بينهما وقال مالك
والشافعي رحمهما الله يفرق بينهما ولا يصدق على الخطا عنيتنا
وجه قولهما انه اقر بسبب الفرقة فلا يملك الرجوع كما لو
اقر بالطلاق ثم رجع بان قال لامراته كنت طلقتك ثلاثا ثم قال
اوهمت والدليل عليه انه لو قال لامته هذه اختي او امي او بنتي
ثم قال اوهمت انه لا يصدق وتعتق كذا ههنا **ولنا** ان الاقرار
اخبار فقوله هذه اختي اخبار منه انها لم تكن زوجته قط لكونها
محرمة عليه بالنسب فاذا قال اوهمت صار كانه قال ما تزوجتها ثم قال
تزوجتها وصدقته المراة ولو قال ذلك يقران على النكاح كذا هذا
بخلاف الطلاق لان قوله كنت طلقتك ثلاثا اقرار منه بانشاء
الثلاث من جهته ولا يتحقق انشاء الطلاق الا بعد صحة النكاح فاذا
اقر به ثم رجع عنه لم يصدق وبخلاف قوله لامته هذه امي او ابنتي
لان ذلك لا يقتضي نفي الملك في الاصل **الا ترى** انها لو كانت امه
او ابنته حقيقة جاز دخولها في ملكه حتى يقع العتق عليها من
جهته فتضمن هذا اللفظ منه انشاء العتق عليها فاذا قال اوهمت
لا يصدق كما لو قال هذه حرة ثم قال اوهمت وكذلك اذا اقر الزوج
بهذا قبل النكاح فقال هذه اختي من الرضاع او امي او ابنتي ه
واصر على ذلك ودام عليه لا يجوز له ان يتزوجها ولو تزوجها
يفرق بينهما ولو قال اوهمت او غلطت جاز له ان يتزوجها عندنا
لما قلنا ولو جحد شاهدان الاقرار فشهد شاهدان على اقراره ه
يفرق بينهما وكذلك اذا اقر بالنسب فقال هذه من النسب
او اختي او بنتي وليس لها نسب معروف وانها تصلح اما او بنتا
له فانه يسال مرة اخرى فان اصر على ذلك وثبت عليه فانه
يفرق بينهما لظهور النسب باقراره مع اصراره عليه وان قال
اوهمت او اخطات او غلطت يصدق ولا يفرق بينهما عندنا
لما قلنا وان كان لها نسب معروف او لا تصلح اما او بنتا له ه
لا يفرق بينهما وان دام على ذلك لانه كاذب في اقراره والله اعلم

وأما البينة فهي أن تشهد على الرضاع أقل من ذلك وهذا عندنا
وقال الشافعي رحمه الله تقبل فيه شهادة أربع نسوة **وجه قوله**
أن الشهادة على الرضاع شهادة على عورة إذ لا يمكن تحمل الشهادة
إلا بعد النظر إلى الثدي وإنه عورة فتقبل فيه شهادة النساء على
الانفراد كالولادة **ولنا** ما روى محمد رحمه الله عن خالد
المخزومي لا تقبل على الرضاع أقل من شاهدين وكان ذلك بمحضر
من الصحابة ولم يظهر التكذيب من أحد فيكون إجماعا ولأن هذا
باب ما يطلع عليه الرجال فلا تقبل فيه شهادة النساء بانفرادهن
كالمال وإنما قلنا ذلك لأن الرضاع مما يطلع عليه الرجال
أما ثدي الأمة فإنه يجوز للأجانب النظر إليه وأما ثدي الحرة
فيجوز لمحارمها النظر إليه فثبت أن هذه شهادة على ما يطلع
عليه الرجال فلا تقبل فيه شهادتهن على الانفراد لأن قبول
شهادتهن بانفرادهن في أصول الشرع للضرورة وهي ضرورة
عدم اطلاع الرجال على المشهود به فإذا جاز الاطلاع عليه في الجملة
لم تتحقق الضرورة بخلاف الولادة فإنه لا يجوز فيها لأحد من الرجال
الاطلاع عليها فدعت الضرورة إلى القبول وإذا شهدت امرأة
على الرضاع فالأفضل للزوج أن يفارقها لما روي عن محمد أن
عقبة بن الحارث قال تزوجت بنت أبي إهاب فجاءت امرأة سوداء
فقالت إني أرضعتكما فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه
وسلم فقال فارقها فقلت إنها امرأة سوداء وإنها كيت وكيت
فقال النبي صلى الله عليه وسلم كيف وقد قيل وفي بعض الروايات
قال عقبة فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فأعرض ثم
ذكرته فأعرض حتى قال في الثالثة أو الرابعة فدعها إذا وقوله
فارقها أو دعها إذا ندب إلى الأفضل والأولى ألا ترى أنه
أنه لم يفرق بينهما بل أعرض ولو كان التفريق واجبا لما أعرض
ودل قوله فارقها على بقاء النكاح **وروي** أن رجلا تزوج امرأة فجاءت
امرأة فزعمت أنها أرضعتهما فجاء إلى علي رضي الله عنه فسأله فقال هي
امرأتك ليس لأحد أن يحرمها عليك فإن تنزهت فهو أفضل وسئل
ابن عباس مثل ذلك فقال مثل ذلك ولأنه يحتمل أن تكون صادقة
في شهادتها فكان الاحتياط هو المفارقة وإذا فارقها فالأفضل
له أن يعطيها نصف المهر إن كان قبل الدخول بها لاحتمال صحة النكاح
لاحتمال كذبها في الشهادة والأفضل لها أن لا تأخذ شيئا منه
لاحتمال فساد النكاح لاحتمال صدقها في الشهادة وإن كان بعد الدخول

بها فالأفضل للزوج أن يعطيها كمال المهر والنفقة والسكنى لاحتمال جواز
النكاح والأفضل لها أن تأخذ الأقل من مهر مثلها ومن المسمى ولا تأخذ
النفقة والسكنى لاحتمال الجواز لنكاح الفساد وإن لم يطلقها فهو في سعة
من المقام معها لأن المقام قائم في الحكم وكذلك إذا شهدت امرأتان
أو رجل وامرأة أو رجلين غير عدلين أو رجل وامرأتان وفرق
قبل الدخول بينهما فإن كان قبل الدخول بها فلا شيء لها لأنه تبين
أن النكاح كان فاسدا وإن كان بعد الدخول بها تجب الأقل من
المسمى ومن مهر المثل ولا تجب النفقة والسكنى كما في سائر الأنكحة
الفاسدة والله الموفق تم كتاب الرضاع بحمد الله وعونه وحسن توفيقه

كتاب النفقات

قال رحمه الله النفقات أنواع أربعة **نفقة** الزوجات
ونفقة الأقارب **ونفقة** الرقيق **ونفقة** البهائم والجمادات
أما نفقة الزوجات **فالكلام** فيها يقع في مواضع **في** بيان وجوبها
وفي بيان سبب الوجوب **وفي** بيان مقدار الواجب منها **وفي** بيان
كيفية وجوبها **وفي** بيان ما يسقطها بعد وجوبها وصيرورتها دينا في الذمة
أما وجوبها فقد دل عليه الكتاب والسنة والإجماع والمعقول
أما الكتاب فقوله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم أي
على قدر ما يجده أحدكم من السعة والمقدرة والأمر بالإسكان
أمر بالإنفاق لأنها لا تصل إلى النفقة إلا بالخروج والاكتساب
وفي حرف ابن مسعود أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن
من وجدكم وهو نص وقوله ولا تضاروهن في الإنفاق
فتضيقوا عليهن النفقة فيخرجن أو لا تضاروهن في المسكن فتدخلوا
عليهن من غير استئذان فيضيق عليهن المسكن فيخرجن وقوله
وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن وقوله
لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق
مما آتاه الله وقوله ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف قيل
هو المهر والنفقة **وأما السنة** فما روي عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم أنه قال اتقوا الله في النساء فإنهن عندكم عوار
لا يملكن لأنفسهن شيئا أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن
فروجهن بكلمة الله لكم عليهن حق أن لا يوطئن فرشكم أحدا ولا يأذن
في بيوتكم لأحد تكرهونه فإن خفتم نشوزهن فعظوهن واهجروهن
في المضاجع واضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليهن رزقهن وكسوتهن

بالمعروف ثم قال ثلاثا الا هل بلغت ويحتمل ان يكون هذا تفسيرا لما اجمل فكان
الحديث مبينا لما في الكتاب اصله **وروي** ان رجلا جا الى النبي صلى الله عليه
وسلم فقال ما حق المراة على الزوج فقال صلى الله عليه وسلم ان يطعمها
اذا طعم وان يكسوها اذا اكتسى وان لا يهجرها الا في البيت ولا يضرب
الوجه ولا يقبح **وقال** صلى الله عليه وسلم لهند امراة ابي سفيان
خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف ولو لم تكن
النفقة واجبة لم يحتمل ان ياذن لها بالاخذ من غير اذنه **واما الاجماع**
فلان الامة اجمعت على هذا **واما المعقول** فهو ان المراة محبوسة
بحبس النكاح حقا للزوج ممنوعة عن الاكتساب لحقه فكان نفع حبسها
عايدا اليه فكانت كفايتها عليه لقوله صلى الله عليه وسلم الخراج
بالضمان ولانها اذا كانت محبوسة بحبسه ممنوعة عن الخروج للكسب
لحقه فلو لم يكن كفايتها عليه لهلكت ولهذا جعل للقاضي رزق في بيت
مال المسلمين لانه محبوس لجهتهم ممنوع عن الكسب لحقهم فجعلت نفقته
في بيت مالهم وهو مال بيت مالهم كذا هذا والله اعلم **فصل**
واما سبب وجوب هذه النفقة فقد اختلف العلما فيه **قال** اصحابنا
رحمهم الله سبب وجوبها استحقاق الحبس الثابت بالنكاح عليها للزوج
عليها **وقال** الشافعي رحمه الله تعالى هي الزوجية وهي كونها زوجة له
وربما قالوا ملك النكاح للزوج عليها وربما قالوا القوامية واحتج بقوله
تعالى الرجال قوامون على النسا بما فضل الله بعضهم على بعض وبما
انفقوا من اموالهم اوجب النفقة عليهم لكونهم قوامين والقوامية
تثبت بالنكاح فكان سبب وجوب النفقة النكاح ولان النفقة على
المملوك من باب اصلاح الملك واستبقايه فكان سبب وجوبه
الملك كنفقة المماليك **ولنا** ان حق الحبس الثابت للزوج
عليها بسبب النكاح موثر في استحقاق النفقة لها عليه لما بينا
فاما الملك فلا اثر له لانه قد قوبل بعوض مرة وهو المهر فلا يقابل
بعوض اخر اذ العوض الواحد لا يقابل بعوضين **واما الاية** فلا حجة
له فيها لان فيها اثبات القوامية بسبب النفقة لا ايجاب النفقة
بسبب القوامية **وعلى هذا** الاصل يبنى انه لا نفقة على مسلم
في نكاح فاسد لانعدام سبب الوجوب وهو حق الحبس الثابت
للزوج عليها بسبب النكاح لان حق الحبس لا يثبت في النكاح الفاسد
وكذا النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة وكذا في عدة منه وان
ثبت حق الحبس لانه لم يثبت بسبب النكاح لانعدامه حقيقة وانما ثبت
لتحصين الما ولان حال العدة لا يكون اقوى من حال النكاح فلما لم

تجب

تجب في النكاح فلان لا تجب في العدة اولى وتجب في العدة من نكاح صحيح
لوجود سبب الوجوب وهو استحقاق الحبس للزوج عليها بسبب النكاح
اذ النكاح قايم من وجه فتستحق النفقة كما كانت تستحقها قبل الفرقة
وبل اولى لان حق الحبس بعد الفرقة تاكد بحق الشرع وتاكد السبب
يوجب تاكد الحكم فلما وجبت قبل الفرقة فبعدها اولى سوا كانت
العدة عن فرقة بطلاق او عن فرقة بغير طلاق وسوا كانت الفرقة
بغير طلاق من قبل الزوج او من قبل المراة الا اذا كانت من
قبلها بسبب محظور استحسانا **وشرح هذه الجملة** ان الفرقة
ان الفرقة اذا كانت من قبل الزوج بطلاق فلها النفقة والسكنى
سوا كان الطلاق رجعيا او باينا وسوا كانت حاملا او حايلا
بعد ان كانت مدخولا بها عندنا لقيام حق حبس النكاح وعند الشافعي
رحمه الله ان كانت مطلقة طلاقا رجعيا او باينا وهي حامل فكذلك
اما المبتوتة اذا كانت حايلا فلها السكنى ولا نفقة لها لزوال
النكاح بالابانة وكان ينبغي ان لا يكون لها السكنى الا انه ترك
القياس في السكنى بالنص وهذا عند ابن ابي ليلى لا نفقة للمبتوتة
ولا سكنى لها والمسالة قد ذكرت في كتاب الطلاق في بيان احكام
العدد وسوا كان الطلاق ببدل او بغير بدل وهو الخلع والطلاق
على مال لما قلنا ولو خالعها على ان تبرا من النفقة والسكنى برا
من النفقة ولا يبرا من السكنى لكنه يبرا عن مونة السكنى لان
النفقة حقها على الخلوص وكذا مونة السكنى لكنه يبرا عن
مونة السكنى فيملك الابرا عن حقها فاما السكنى ففيها حق الله تعالى
فلا تملك المعتدة اسقاطه ولو ابرانه عن النفقة من غير خلع لم
يصح الابرا لان الابرا اسقاط الواجب فيستدعي تقدم الوجوب
والنفقة تجب شيا فشيا على حسب مرور الزمان فكان الابرا اسقاطا
قبل الوجوب فلم يصح بخلاف ما اذا خالعته من نفسها على نفقتها
لما ذكرنا في كتاب الخلع ولانها جعلت الابرا عن النفقة عوضا
عن نفسها في العقد ولا يصح ذلك الا بعد سابقة الوجوب فيثبت
الوجوب مقتضى الخلع باصطلاحهما كما لو اصطلحا على النفقة
انها تجب وتصير دينا في الذمة كذا هذا وكذلك الفرقة بغير
طلاق اذا كانت من قبله فلها النفقة والسكنى سوا كانت بسبب
مباح كخيار البلوغ او بسبب محظور كالردة ووطي امها وابنتها
وتقبيلها بشهوة فلا نفقة لها استحسانا ولها السكنى بعد ان يكون
بعد الدخول بها لقيام السبب وهو حق الحبس للزوج عليها بسبب النكاح

واذا كانت بسبب المراة فان كانت بسبب مباح كخيار الادراك وخيار العتق وعدم الكفاءة فكذلك لها النفقة والسكنى وان كانت بسبب محظور بان ارتدت او طاوعت ابن زوجها او اباه او لمسته بشهوة فلا نفقة لها استحسانا ولها السكنى وان كانت مستكرهة فلها النفقة والسكنى **والقياس** ان يكون لها النفقة والسكنى في ذلك كله **وجه القياس** ان حق الحبس قائم فيستحق النفقة كما اذا كانت الفرقة من قبلها بسبب مباح او من قبل الزوج بسبب مباح او محظور **وللاستحسان** وجهان **احدهما** ان حبس النكاح يرتد بها **الا ترى** انها تحبس بعد الردة جبرا لها على الاسلام بالحبس للتوبة فيفوت حبس النكاح بالردة فلم تجب النفقة بخلاف ما اذا كانت الفرقة بسبب مباح لان هناك حبس النكاح قائم فبقيت النفقة وكذا اذا كانت من قبل الزوج بسبب هو معصية لانها لا تحبس بردة الزوج فيبقى حبس النكاح فتبقى العدة لكن هذا يشكل بما اذا طاوعت ابن زوجها او قبلته بشهوة انها لا تستحق النفقة وان بقي حبس النكاح ما دامت العدة قائمة ولا اشكال في الحقيقة لان هناك عدم الحقيقة الاستحقاق لانعدام شرط من شرائط الاستحقاق وهو ان لا تكون الفرقة من قبلها حاصلة بفعل هو محظور مع قيام السبب وهو حبس النكاح فاندفع الاشكال بحمد الله وعونه **والثاني** ان حبس النكاح انما اوجب النفقة عليه صلة لها واذا وقعت الفرقة بفعلها الذي هو معصية لو بقي مستحقة للصلة اذ الجاني لا يستحق الصلة بل تستحق الزجر وهو الحرمان لا في الاستحقاق كمن قتل مورثه بغير حق انه يحرم الميراث لما قلنا كذا هذا بخلاف ما اذا كانت مستكرهة في الوطي لان فعلها ليس بجناية فلا يوجب حرمان الصلة واذا كانت الفرقة بسبب مباح وبخلاف الزوج لان النفقة حقها قبل الزوج فلا يوثر فعله الذي هو معصية في اسقاط حق الغير فهو الفرق بين الفصلين وانما حرم السكنى بفعلها الذي هو معصية لما قلنا ان في السكنى حق الله تعالى فلا يحتمل السقوط بفعل العبد ولو ارتدت حتى حرمت النفقة ثم اسلمت في العدة لا تستحق النفقة ولو ارتدت في العدة ثم اسلمت وهي في العدة تعود النفقة **ووجه الفرق** ان النفقة في الفصل الثاني بقيت واجبة بعد الفرقة قبل الردة لقيام سبب الوجوب وهو حبس النكاح وقت وجوب العدة ثم امتنع وجوبها من بعد لعارض الردة فاذا عادت الى الاسلام فقد زال العارض فتعود النفقة **واما في الفصل الاول** فالنفقة

لم تبق واجبة وقت وجوب العدة لبطلان سبب وجوبها بالردة وهو حبس النكاح لان الردة اوجبت بطلان ذلك الحبس فلا تعود النفقة بدونه **والاصل** في هذا ان كل امراة لم تبطل نفقتها بالفرقة ثم بطلت في العدة لعارض منها ثم زال العارض في العدة تعود نفقتها وكل من بطلت نفقتها بالفرقة لا تعود النفقة اليها في العدة وان زال سبب الفرقة بخلاف ما اذا نشزت ثم عادت انها تستحق النفقة لان النشوز لم يوجب بطلان حق الحبس الثابت بالنكاح وانما فوت التسليم المستحق بالعقد واذا عادت فقد سلمت نفسها واستحقت النفقة ولو طاوعت ابن زوجها او اباه في العدة او لمسته بشهوة فان كانت معتدة عن طلاق رجعي فلا نفقة لها لان الفرقة ما وقعت بالطلاق وانما وقعت بسبب وجد منها وهو محظور وان كان الطلاق بائنا وكانت معتدة عن فرقة بغير طلاق فلها النفقة والسكنى بخلاف ما اذا ارتدت في العدة انه لا نفقة لها الى ان تعود الى الاسلام وهي في العدة لان حبس النكاح يفوت بالردة ولا يفوت بالمطاوعة واللمس ولو ارتدت في العدة ولحقت بدار الحرب ثم عادت واسلمت او سبيت واعتقت او لم تعتق فلا نفقة لها لان العدة قد بطلت باللحاق بدار الحرب لان اللحاق مع الردة بمنزلة الموت ولو طلق امراته وهي امة طلاقا بائنا وقد كان المولى بواها مع زوجها بيتا حتى وجبت النفقة ثم اخرجها المولى لخدمته حتى سقطت النفقة ثم اراد ان يعيدها الى الزوج وياخذ النفقة كان له ذلك وان لم يكن بواها المولى بيتا حتى طلقها الزوج ثم اراد ان يبوئها مع الزوج في العدة لتجب النفقة فانها لا تجب **ووجه الفرق** ان النفقة كانت واجبة في الفصل الاول لوجود سبب الوجوب وهو الاحتباس وشرطه وهو التسليم الا انه لما اخرجها الى خدمته فقد فوت على الزوج الاحتباس الثابت حقا له والتسليم فامتنع وجوب النفقة حقا له فاذا اعادها الى الزوج عاد حقه فيعود حق المولى في النفقة فاما في الفصل الثاني فالنفقة ما كانت واجبة في العدة لانعدام سبب الوجوب او شرط الوجوب وهو التسليم فهو بالتبوئة يريد الزام الزوج النفقة ابتداء في العدة فلا يملك ذلك **والاصل في هذا** ان كل امراة كانت لها النفقة يوم الطلاق ثم صارت الى حال لا نفقة لها فيها فلها ان تعود وتاخذ النفقة وكل امراة لا نفقة لها يوم الطلاق

فليس لها نفقة الا الناشز وتفسير ذلك والوجه فيه ما ذكرنا ويستوي
في نفقة المعتدة عدة الاقرا وعدة الاشهر وعدة الحمل لاستوا الكل
في سبب الاستحقاق فينفق عليها ما دامت العدة وان تطاولت المدة
لعذر الحبل او لعذر اخر ويكون القول في ذلك قولها لان ذلك امر
يعرف من قبلها حتى لو ادعت انها حامل انفق عليها الى سنتين فان
مضت سنتان ولم تضع منذ طلقها لانه لم يبق في البطن الى
سنتين فان مضت سنتان ولم تضع فقالت كنت توهمت اني حامل
ولم احض الى هذا العام وطلبت النفقة لعذر امتداد الطهر وقال
الزوج انك ادعيت الحمل فانما تجب النفقة لعلة الحمل واكثر مدة
الحمل سنتين وقد مضى ذلك فلا نفقة علي فان القاضي لا يلتفت
الى قوله ويلزمه النفقة الى ان تنقضي عدتها بالاقرا او تدخل في حد
الاياس لان احد العذرين ان بطل وهو عذر الحبل فقد بقي الاخر
وهو عذر الحبل امتداد الطهر اذ الممتد طهرها من ذوات الاقرا
وهي مصدقة في ذلك فان لم تحض حتى دخلت في حد الاياس انفق
عليها ثلاثة اشهر فان حاضت في الاشهر الثلاثة واستقبلت
العدة بالحيض فلها النفقة لانها معتدة وكذلك لو كانت صغيرة
تجامع مثلها فطلقها بعدما دخل بها انفق عليها ثلاثة اشهر فان حاضت
فيها واستقبلت عدة الاقرا انفق عليها حتى تنقضي عدتها لما قلنا ٥
وان طالبته امراته بالنفقة وقدمته الى القاضي فقال الرجل
للقاضي قد كنت طلقتها منذ سنة وقد انقضت عدتها في هذه المدة
وجحدت المراة الطلاق فان القاضي لا يقبل قول الزوج انه طلقها
منذ سنة ولكن يقع الطلاق عليها منذ اقر به عند القاضي لانه
مصدق في حق نفسه لا في ابطال حق الغير فان اقام شاهدين
على انه طلقها منذ سنة والقاضي لا يعرفهما امره القاضي
بالنفقة عليها وفرض لها عليه النفقة لان الفرقة منذ
سنة لم تظهر بعد فان عدلت البينة واقرت هي انها قد حاضت
ثلاث حيض في هذه السنة فلا نفقة لها على الزوج وان كانت
اخذت منه شيا يرد عليه لظهور ثبوت الفرقة منذ سنة وانقضا
العدة فان قالت لم احض في هذه السنة فالقول قولها ولها النفقة ٥
لان القول في انقضا العدة قولها فان قال الزوج قد اخبرتني ان
عدتها قد انقضت لم يقبل قوله في ابطال نفقتها لانه غير مصدق ٥
عليها في ابطال حقها ولو طلق امراته ثلاثا او بائنا فامتدت
عدتها الى سنتين ثم ولدت لاكثر من سنتين وقد كان اعطاها النفقة

الى وقت الولادة فانه يحكم بانقضا عدتها قبل الولادة بستة اشهر
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويسترد نفقة ستة اشهر قبل الولادة ٥
وعند ابي يوسف رحمه الله لا يسترد شيا من النفقة وكذلك اذا طلق
امراته في حالة المرض فامتد مرضه الى سنتين وامتدت عدتها الى
سنتين ثم ولدت المراة بعد الموت بشهر وقد كان اعطاها النفقة ٥
الى وقت الوفاة فانها لا ترث ويسترد منها نفقة ستة اشهر عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف رحمه الله ترث ولا يسترد
شيا من النفقة وقد مرت المسئلتان في كتاب الطلاق ولا نفقة
في الفرقة قبل الدخول باي سبب كانت لارتفاع النكاح من كل وجه
فينعدم السبب وهو الحبس الثابت بالنكاح وام الولد اذا اعتقها
مولاها ووجبت عليها العدة لا نفقة لها وان كانت محبوسة ممنوعة
عن الخروج لان هذا الحبس لم يثبت بسبب النكاح وانما يثبت تحصينا
للما فاشبهت المعتدة من نكاح فاسد ولان نفقتها قبل العتق انما ٥
وجبت بملك اليمين لا بالاحتباس وقد زال بالاعتاق ونفقة الزوجة
انما وجبت بالاحتباس وانه قايم **فصل** واما شرط وجوب
هذه النفقة فلوجوبها شرطان **احدهما** يعم النوعين جميعا اعني نفقة
النكاح ونفقة العدة **والثاني** يخص احدهما وهو نفقة العدة ٥
اما الاول فتسليم المراة نفسها الى الزوج وقت وجوب التسليم
ونعني بالتسليم التخلية وهو ان تخلي بين نفسها وبين زوجها برفع
المانع من وطيها والاستمتاع بها اذا كان المانع من قبلها او من قبل
غير الزوج فان لم يوجد التسليم على هذا التفسير وقت وجوب
التسليم فلا نفقة لها **وعلى هذا** تخرج مسايل **اذا** تزوج بالغة
حرة صحيحة سليمة ونقلها الى بيته فلها النفقة لوجود سبب الوجوب
وشرطه وكذلك اذا لم ينقلها وهي بحيث لا تمنع نفسها وطلبت
النفقة ولم يطالبها هو بالنقلة فلها النفقة لانه وجد سبب الوجوب
وهو استحقاق الحبس وشرطه وهو التسليم على التفسير الذي
ذكرنا فالزوج بترك النقلة ترك حق نفسه مع امكان الاستيفا
فلا يبطل حقها في النفقة فان طالبها بالنقلة فامتنعت فان كان
امتناعها بحق بان امتنعت لاستيفا مهرها العاجل فلها النفقة
لانه لا يجب عليها التسليم قبل استيفا العاجل من مهرها فلم
يوجد منها الامتناع من التسليم وقت وجوب التسليم ٥
وعلى هذا قالوا لو طالبها بالنقلة بعدما اوفاها المهر الى دار
مغصوبة فامتنعت فلها النفقة لان امتناعها بحق فلم يجب عليها

مطلب

التسليم فلم يمنع التسليم حال وجوب التسليم ولو كانت ساكنة منزلها فمنعته من الدخول عليها لا على سبيل النشوز بل قالت له حولني الى منزلك او اكتر لي منزلا انزله فاني احتاج الى منزلي هذا اخذ كراه فلها النفقة لان امتناعها من التسليم في بيتها لغرض التحويل الى منزله او الى منزل الكرا امتناع بحق فلم يوجد منها الامتناع من التسليم وقت وجوب التسليم وان كان بغير حق بان كان الزوج قد اوفاها مهرها او كان موجلا فلا نفقة لها لانعدام التسليم حال وجود التسليم فلم يوجد شرط الوجوب فلا تجب ولهذا لم تجب النفقة للناشزة وهذه ناشزة ولو منعت نفسها عن زوجها بعد ما دخل بها برضاها لاستيفاء مهرها عنها فلها النفقة عند ابي حنيفة رحمه الله لانه منع بحق عنده وعندهما لا نفقة لها لكونه منعا بغير حق عندهما ولو منعت نفسها بعد ما دخل بها على كره منها فلها النفقة لانها محقة في المنع وان كانت صغيرة يجامع مثلها فهي كالبالغة في النفقة لان المعنى الموجب للنفقة يجمعهما وان كانت لا يجامع مثلها فلا نفقة لها عندنا وعند الشافعي لها النفقة بنا على ان سبب الوجوب عنده النكاح وشرطه عدم النشوز وقد وجد وشرط الوجوب عندنا تسليم النفس ولا يتحقق التسليم في الصغيرة التي لا يجامع مثلها لا منها ولا من غيرها لقيام المانع في نفسها من الوطي والاستمتاع لعدم قبول المحل لذلك فانعدم شرط الوجوب فلا يجب وقال ابو يوسف رحمه الله اذا كانت الصغيرة تخدم الزوج وينتفع الزوج بها في الخدمة فسلمت اليه فان شا امسكها وان شا ردها فان امسكها فلها النفقة وان ردها فلا نفقة لها لانها اذا لم تحتمل الوطي لا يوجد التسليم الذي اوجبه العقد فكان له ان يمتنع من القبول وان امسكها فلها النفقة لانه حصل له منها نوع منفعة وضرب من الاستمتاع وقد رضي بالتسليم القاصر فان ردها فلا نفقة لها حتى يجي حال تقدر فيها على جماعها لانعدام التسليم الذي اوجبه العقد وعدم رضاه بالتسليم القاصر وان كان الزوج صغيرا والمراة كبيرة فلها النفقة لوجود التسليم منها على الذي ذكرنا وانما عجز الزوج من القبض وانه ليس بشرط لوجوب النفقة وكذلك اذا كان الزوج مجبوبا او عنينا او محبوسا في دين او مريضا لا يقدر على الجماع او خارجا للحج فلها النفقة لما قلنا ولو كانت المراة مريضة قبل النقلة مرضا يمنع من الجماع فنقلت وهي مريضة فلها النفقة بعد النقلة وقبلها ايضا اذا طلبت النفقة فلم ينقلها الزوج وهي لا تمتنع من النقلة لو طلبها الزوج وان كانت تمتنع لا نفقة

لها كالصحيحة كذا ذكر في ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف رحمه الله انه لا نفقة لها قبل النقلة فاذا نقلت وهي مريضة فله ان يردها وجه رواية ابي يوسف رحمه الله انه لم يوجد التسليم اذ هو تخلية وتمكين ولا يتحقق ذلك مع المانع وهو نبوة المحل فلا يستحق النفقة كالصغيرة التي لا تحتمل الوطي واذا سلمت وهي مريضة له ان يردها لان التسليم الذي اوجبه العقد وهو التسليم الممكن من الوطي لما لم يوجد كان له ان لا يقبل التسليم الذي لم يوجبه العقد وهو التسليم لم يوجبه العقد وهكذا قال ابو يوسف رحمه الله في الصغيرة التي لا تجامع مثلها ان له ان يردها لما قلنا وجه ظاهر الرواية ان التسليم في حق التمكين من الوطي ان لم يوجد فقد وجد في التمكين من الاستمتاع وهذا يكفي لوجوب النفقة كما في الحايض والنفسا والصايمة صوم رمضان واذا امتنعت فلم يوجد منها التسليم راسا فلا تستحق النفقة وقال ابو يوسف رحمه الله اذا كانت تونسه وينتفع بها في غير الجماع فان شا ردها فان شا امسكها فان امسكها فلها النفقة وان ردها فلا نفقة لها لما ذكرنا في الصغيرة وان نقلت وهي صحيحة مرضت في بيت الزوج مرضا لا تستطيع معه الجماع لم تبطل نفقتها بلا خلاف لان التسليم المطلق هو التسليم المطلق هو التسليم الممكن من الوطي والاستمتاع قد حصل بالانتقال لانها كانت صحيحة لذا الانتقال ثم قصر التسليم لعارض يحتمل الزوال فاشبه الحيض او نقول التسليم المستحق بالعقد في حق المريضة التي لا تحتمل الجماع قبل الانتقال وبعده هو التسليم في حق الاستمتاع لا في حق الوطي كما في حق الحايض وكذا اذا انتقلها ثم ذهب عقلها فصارت معتوهة مغلوبة او كبرت وطعنت في السن حتى لا يستطيع زوجها جماعها او اصابها بلا فلها النفقة لما قلنا ولو حبست في دين ذكر في الجامع الكبير انه لا نفقة لها ولم يفصل بينما اذا كان الحبس قبل الانتقال او بعده وبينما اذا كانت قادرة على التخلية اولا لان حبس النكاح قد بطل باعتراض حبس الدين لان صاحب الدين احق بحبسها بالدين وفات التسليم ايضا بمعنى من قبلها وهو مطلها فصارت كالناشزة وذكر الكرخي رحمه الله انها اذا كانت محبوسة في دين قبل النقلة فان كانت تقدر على ان تخلي بينه وبين نفسها فلها النفقة وان كانت في موضع لا تقدر على التخلية فلا نفقة لها وهذا تفسير ما اجمله محمد في الجامع لانها اذا كانت تقدر على ان توصله اليها فالظاهر

منها عدم المنع لو طالبها الزوج وهذا تفسير التسليم فان بطالبها
فالتقصير جا من قبله فلا يسقط حقها واذا كانت لا تقدر على التخلية فالتسليم
فات بمعنى من قبلها وهو مماطلتها فلا تستوجب النفقة ولو حبست بعد
النقلة ثم تبطل نفقتها لما ذكرنا في المريضة وذكر القدوري ان ما ذكره
الكرخي في الحبس محمول على ما اذا كانت محبوسة لا تقدر على قضائه
فاما اذا كانت قادرة على القضا فلم تقض فلا نفقة لها وهذا صحيح لانها
اذا لم تقض مع القدرة على القضا صارت كانها حبست نفسها فتصير بمعنى
الناشزة ولو فرض القاضي لها النفقة ثم اخذها رجل كارهة فهرب بها اشهرا
او غصبها غاصب لم يكن لها نفقة في المدة التي منعها لفوات التسليم
لا بمعنى من جهة الزوج وروي عن ابي يوسف رحمه الله ان لها النفقة
لان الفوات ما جا من قبلها والفقه ما ذكرنا ولم ننقل لها النفقة بعد النقلة
وقبلها اذا طلبنا ولم يظهر منهما الامتناع في ظاهر الرواية وروي
عن ابي يوسف رحمه الله ان لهما النفقة اما قبل الانتقال فلا نفقة لهما
وجه رواية ابي يوسف ان التسليم الذي اوجبه العقد لم يوجد في
حقهما قبل الانتقال وبعده الا انه لما قبلهما مع العلم بالعيب فقد رضي
بالتسليم القاصر كما قال في المريضة الا انه ههنا قال لا يجوز ان يردهما
وقال في الصغيرة التي ينتفع بها في الخدمة والمريضة التي يستانس بها
ان له ان يردهما **وجه ظاهر الرواية** ان العقد انعقدت في حقهما
موجبا لتسليم مثلهما وهو التمكين من الاستمتاع دون الوطي وهذا
النوع من التسليم يكفي لاستحقاق النفقة كتسليم الحائض والنفسا
والمحرمة والصائمة معنا ان التسليم المطلق يتصور فيهما بواسطة
ازالة المانع من الرتق والقرن بالصلاح فيمكن الانتفاع بهما وطيا
ولو حجت المراة حجة فريضة فان كان ذلك قبل النقلة فان حجت بلا محرم
ولا زوج فهي ناشزة وان حجت مع محرم لها دون الزوج فلا نفقة لها
لانها امتنعت من التسليم بعد وجوب التسليم فصارت كالناشزة وان
كانت انتقلت الى منزل الزوج ثم حجت مع محرم دون الزوج فقد قال
ابو يوسف رحمه الله لها النفقة وقال محمد رحمه الله لا نفقة لها
وجه قول محمد رحمه الله ان التسليم قد فات بامر من قبلها وهو خروجها
فلا تستحق كالناشزة **وجه قول ابي يوسف** رحمه الله ان التسليم
قد حصل بالانتقال الى منزل الزوج ثم فات بعارض اداء فرض وهذا
لا يبطل النفقة كما لو انتقلت الى منزل زوجها ثم لزمها صوم رمضان
او نقول حصل التسليم المطلق بالانتقال ثم فات لعذر فلا تسقط
النفقة كالمريضة ثم اذا وجبت لها النفقة على اصل ابي يوسف يفرض

لها

لها القاضي نفقة الاقامة لا نفقة السفر لان الزوج لا يلزمه الا نفقة
الحضر فاما زيادة المؤنة التي تحتاج اليها المراة في السفر من الكرا ونحو ذلك
فهي عليها لا عليه لانها لاداء الفرض والفرض عليها فكانت تلك المؤنة
عليها لا عليه كما لو مرضت في الحضر كانت المداواة عليها لا على الزوج
فان جاورت بمكة واقامت بها بعد اداء الحج اقامة لا تحتاج اليها
سقطت نفقتها لانها غير معذورة في ذلك فصارت كالناشزة
فان طلبت نفقة ثلاثة اشهر قدر الذهاب والمجي لم يكن على الزوج
ذلك ولكن يعطيها نفقة شهر واحد فاذا عادت اخذت ما بقي
لان الواجب عليه لها نفقة الاقامة لا نفقة السفر ونفقة
الاقامة تفرض لها شهرا فشهرا **وهذه الجملة** لا تتفرع على اصل محمد
هذا اذا لم يخرج الزوج معها للحج **فاما** اذا خرج فلها النفقة بلا خلاف
لوجود التسليم المطلق لامكان الانتفاع بها وطيا واستمتاعا
في الطريق فصارت كالمقيمة في منزله ولو الى منها او ظاهر منها
فلها النفقة لان حق الحبس قائم والتسليم موجود لتمكنه من
وطيها والاستمتاع بها بغير واسطة في الايلا وبواسطة تقديم الكفارة
في الظهار فوجد سبب وجوب النفقة وشرط وجوبها فيجب
ولو تزوج اخت امراته او عمتها او خالتها ولم يعلم بذلك حتى
دخل بها وفرق بينهما ووجب عليه ان يعتزل عنها مدة عدة
اختها فلامراته النفقة لوجود سبب الوجوب وشرطه وهو
التسليم الا انه امتنع الانتفاع بها زمانا بعارض يزول
فاشبه الحيض والنفاس وصوم رمضان ولا نفقة لاختها وان
وجبت عليها العدة لانها معتدة من نكاح فاسد **وعلى هذا**
الاصل يخرج ما اذا تزوج حرا وعبدا وامة قنة او مدبرة او ام
ولد ان بواها المولى وجبت النفقة والا فلا لان سبب
الوجوب وهو حق الحبس وشرطه وهو التسليم لا يتحقق بدون
التبوية لان التبوية ان يخلي المولى بينها وبين زوجها في منزل
زوجها لا يستخدمها فاذا كانت مشغولة بخدمة المولى لم تكن
محبوسة لحق الزوج ولا مسلمة اليه ولا يجبر المولى على التبوية
لان خدمتها حق المولى ولا يجبر الانسان على ايفا حق نفسه
لغيره فان بواها المولى ثم بدا له ان يستخدمها فله ذلك لما ذكرنا
ان خدمتها حق المولى لان منافع ساير الاعضا بقيت على ملكه
وانما اعارها الزوج بالتبوية وللمعير ان يسترد عاريته
ولا نفقة على الزوج مدة الاستخدام لفوات التسليم فيها

من جهة المولى ولو بوّاها بيت الزوج مدة التسليم وكانت تجي في اوقات الي مولاها فتخدمه من غير ان يستخدمها قالوا لا تسقط نفقتها لان الاسترداد انما يحصل بالاستخدام ولم يوجد ولان هذا القدر من الخدمة لا يقدح في التسليم كالحرة اذا خرجت الي منزل ابيها وان كانت مكاتبة تزوجت باذن المولى حتى جاز العقد فلها النفقة ولا يشترط التبوية لان خدمتها ليست حق المولى اذ لا حق للمولى في منافعها **الا ترى** انه ليس للمولى ان يستخدمها وكانت في منافعها كالحرة فلا يجبر المولى على التسليم ويجب على الزوج النفقة والعبد اذا تزوج باذن المولى حرة او امة فهو في وجوب النفقة كالحر لاستوايهما في سبب الوجوب وهو حق الحبس وشرطه وهو التسليم **و**لهذا استويا في وجوب الصداق المهر الا ان الفرق بينهما ان النفقة اذا صارت مفروضة على العبد تتعلق برقبته وكسبه يباع فيها الا ان يفديه المولى فيسقط حق الغريم كساير الديون ويبدا بها قبل الغلة لمولاه فان كان المولى ضرب عليه ضريبة فان نفقة امراته تقدم على ضريبة مولاه لانها بالفرض صارت دينا في رقبته حتى يباع بها فاشبه ساير الديون بخلاف الغلة فانها لا تجب للمولى على عبده دين في الحقيقة فان مات العبد قبل البيع بطلت النفقة ولا يوخذ المولى بشي لفوات محل التعليق فيبطل التعلق كالعبد المرهون اذا هلك يبطل الدين الذي تعلق وكذلك ان قتل العبد في ظاهر الرواية وذكر ابو الحسن الكرخي رحمه الله انه اذا قتل كانت النفقة في قيمته **وجه ما ذكره الكرخي** رحمه الله ان القيمة قامت مقام الرقبة في الديون المطلقة لا فيما يجري مجرى الصلات والنفقة تجري مجري الصلة على اصل اصحابنا لما نذكر فيسقط بالموت قبل القبض كساير الصلات ولهذا لو كان الزوج حرا فقتل خطا سقطت عنه عندنا ولا قام الدية مقامه فكذا اذا كان عبدا وكذلك المدبر وام الولد لما قلنا غير ان هولا لا يباعون لان ديونهم تتعلق باكسابهم لا برقابهم لتعذر استيفايها من رقابهم لان الاستيفا بالبيع ورقابهم لا تحتمل البيع واما المكاتب فعندنا يتعلق الدين برقبته وكسبه كالقن لتصور الاستيفا من رقبته لاحتمال العجز لانه اذا عجز يعود قنا فيسعى فيها ما دام مكاتبا واذا قضي بعجزه عاد قنا يباع فيها الا ان يفديه المولى كما قبل

الكتابه **واما** المعتق بعضه فهو عند ابي حنيفة رحمه الله بمنزلة المكاتب الا انه لا يتصور فيه العجز والبيع في الدين فيسعى في نفقتها **وعندهما** هو حر عليه دين ولا يجب على العبد نفقة ولده سوا كان من امراة حرة او امة لانه ان كان من حرة يكون حرا فلا يجب على العبد نفقة الحر وتكون نفقته على الام ان كانت غنية وان كانت محتاجة فعلى من يرث الولد من القرابة وان كان من امة فيكون عبد المولاها فلا يلزم غيره نفقته وكذلك الحر اذا تزوج امة فولدت له اولادا فنفقة الاولاد على مولى الامة لانهم مماليكه والعبد والحر في ذلك سوا وكذلك المدبرة وام الولد في هذا كالامة القنة لما ذكرنا وان كان مولى الامة في هذه المسايل فقيرا والزوج ابو الولد غنيا لا يومر الاب بالنفقة على ولده بل اما ان يبيعه مولاه او ينفق عليه ان كان من امة قنة وان كان من مدبرة او ام ولد ينفق الاب عليه ثم يرجع على المولى لتعذر الجبر على البيع لعدم قبول المحل **فاما** اذا كانت مكاتبة فنفقة اولادها لا تجب على زوجها وانما تجب على الام المكاتبة سوا كان الاب حرا او عبدا لان ولد المكاتبة ملك المولى رقبته وهو حق المكاتبة كسبا **الا ترى** انها تستعين باكسابه في رقبتها وعتقها واذا كانت حقا لها كانت نفقته عليها لان نفقة الانسان تتبع كسبه **قال** النبي صلى الله عليه وسلم ان اطيب ما اكل المرء من كسبه ولو زوج ابنته من عبده فلها النفقة على العبد لان البنت يجب لها على ابيها دين فيجوز ان يجب على عبد ابيها وان زوج امته فنفقتهما جميعا عليه لانهما جميعا ملك المولى والله الموفق والكتابي في استحقاق النفقة على زوجها المسلم كالمسلمة لاستوايهما في سبب الاستحقاق وشرطه والذمي في وجوب النفقة عليه لزوجته التي ليست من محارمه كالمسلم لاستوايهما في سبب الوجوب وشرطه ولان ما ذكرنا من الدلايل للوجوب لا يوجب الفصل بين الذمي والمسلم في النفقة ولقوله صلى الله عليه وسلم واذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وعلى المسلم نفقة زوجته فكذا على الذمي واما اذا كانت من محارمه فقد قال ابو حنيفة رحمه الله انها اذا طلبت النفقة فان القاضي يقضي بالنفقة لها وعند ابي يوسف ومحمد وزفر والشافعي لا يقضي بنا على ان هذا

النكاح فاسد عندهم واما عند ابي حنيفة فقد ذكر بعض مشايخنا انه صحيح
عنده حتى قال انهما يقران عليه ولا يعترض عليهما قبل ان يترافعا
او يسلم احدهما وذكر الشيخ ابو الحسن عبيد الله الكرخي ان هذا
النكاح فاسد بالاجماع وانما اوجب ابو حنيفة النفقة
مع فساد النكاح لانهما يقران عليه مع فساده عنده فان ابا
حنيفة قال اني افرض عليه النفقة لكل امراة اقره على نكاحها
فقد الحق ~~هذا النكاح بالنكاح الصحيح~~ جايزا كان النكاح عنده
او باطلا **ووجهه** انه لما اقره على نكاحها فقد الحق هذا النكاح
بالنكاح الصحيح في حق وجوب النفقة وقد يلحق النكاح الفاسد
بالنكاح الصحيح في بعض الاحكام من النسب والعده وغير ذلك
ويستوي في استحقاق هذه النفقة المعسره والموسره فتستحق
المراة على زوجها النفقة وان كانت موسره لاستوايهما في سبب
الاستحقاق وشرطه ولان هذه النفقة لها شبه بالاعواض
فيستوي فيها الغني والفقير كنفقة القاضي والمضارب بخلاف
نفقة المحارم انها لا تجب للغني لانها تجب صلة محضة لمكان الحاجة
فلا تجب عند عدم الحاجة وتجب هذه النفقة من غير قضا القاضي
لكنها لا تصير دينا في الذمة الا بقضا او رضا على ما نذكر
بخلاف نفقة المحارم انها لا تجب للغني لانها تجب صلة محضة
لمكان الحاجة فلا تجب عند عدم الحاجة وتجب هذه النفقة من غير
قضا القاضي لكنها لا تصير دينا في الذمة الا بقضا او رضا
على ما نذكر بخلاف نفقة ذوي الارحام فانها لا تجب من غير
قضا القاضي ونفقة الوالدين والمولودين تجب من غير قضا
القاضي والفرق بين هذه الجملة نذكر في نفقة الاقارب انشا
الله تعالى ولا نفقة للناشزة لفوات التسليم بمعنى من جهتها
وهو النشوز والنشوز في النكاح ان تمنع نفسها من الزوج
بغير حق خارجا من منزله بان خرجت بغير اذنه وغابت او
سافرت فاما اذا كانت في منزله ومنعت نفسها في رواية
فلها النفقة لانها محبوسة لحقه منتفع بها ظاهرا وغالبا
فكان معنى التسليم حاصلا والنشوز في العده ان تخرج
من بيت العده مراغمة لزوجها او تخرج لمعنى من قبلها
وقد روي ان فاطمة بنت قيس كانت بذت على احمائها فنقلها
النبي صلى الله عليه وسلم الى بيت ابن ام مكتوم ولم يجعل لها
نفقة ولا سكنى ولان الاخراج اذا كان لمعنى من قبلها صار كانها

خرجت

خرجت بنفسها مراغمة لزوجها **واما الثاني** وهو الذي يخص نفقة
العدة فهو ان لا يكون وجوب العدة بمعصية حاصلة من قبلها بسبب
محظور استحسانا **والقياس** انه ليس بشرط وقد مر وجه القياس
والاستحسان فيما تقدم وكل امراة لها النفقة فلها السكنى
والكسوة لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف
وغير ذلك من النصوص الذي ذكرناها فيما تقدم ولان
سبب وجوبهما لا يختلف وكذا شرط الوجوب ويجبان على الموسر
والمعسر لان دلايل الوجوب لا تفصل والله اعلم وكل امراة
لها النفقة فلها السكنى لقوله تعالى اسكنوهن من حيث
سكنتم من وجدكم وقراة ابن مسعود اسكنوهن من حيث سكنتم
وانفقوا عليهن من وجدكم ولانهما استويا في سبب الوجوب
وشرطه وهو ما ذكرنا فيستويان في الوجوب ويستوي في وجوب
اصل الوجوب الموسر والمعسر لان دلايل الوجوب لا توجب الفصل
وانما يختلفان في بيان الواجب منهما وسنبينه في
موضعه ان شا الله تعالى ولو اراد الزوج ان يسكنها مع ضرتها
او مع احمايها كام الزوج واخته وبنته من غيرها واقاربه
فابت عليه ذلك عليه ان يسكنها في منزل مفرد لانهن ربما
يوذينها ويضررن بها في المساكنة وابا وها دليل الاذى
والضرر ولانه يحتاج الى ان يجامعها ويعاشرها في اي وقت
يتفق ولا يمكنه ذلك اذا كان معهما ثالث حتى لو كان في الدار
بيوت ففرغ لها بيتا وجعل لبيتها غلقا على حدة قالوا
انه ليس لها ان تطالبه ببيت اخر ولو كانت في منزل الزوج
وليس معها احد فشكت الى القاضي ان الزوج يوذيها
سال القاضي جيرانها فان اخبروا بما قالت وهم قوم صالحون
فالقاضي يودبه ويامره بان يحسن اليها ويامر جيرانه ان
يتفحصوا عنها وان لم يكن الجيران قوما صالحين امره القاضي
ان يحولها الى جيران صالحين وان اخبروا القاضي بخلاف
ما قالت اقرها هناك ولم يحولها وللزوج ان يمنع اباها
وامها وولدها من غيره ومحارمها من الدخول عليها
لان المنزل منزله فكان له ان يمنع من شا وليس له ان يمنعهم
من النظر اليها وكلامها خارج المنزل لان ذلك ليس بحق له
الا ان يكون في ذلك فتنة بان يخاف عليها الفساد فله ان
يمنعهم من ذلك ايضا والله اعلم **فصل واما بيان** ...

مقدار الواجب منها فالكلام في هذا الفصل في موضعين احدهما في بيان
ما يقدر به هذه النفقة والثاني في بيان ما يقدر به اما الاول
فقد اختلف العلماء فيه قال اصحابنا هذه النفقة غير مقدرة بنفسها بل
بكفايتها نصا وقال الشافعي رحمه الله مقدرة بنفسها على الموسر مدان
وعلى المتوسط مد ونصف وعلى المعسر مد واحج بظاهر قوله تعالى
لينفق ذو سعة من سعته اي قدر سعته فدل انها مقدرة ولانه
اطعام واجب فيجب ان يكون مقدرا كالاطعام في الكفارات ولانها
وجبت بدلا لانها تجب بمقابلة الملك عندي وبمقابلة الحبس عندكم
فكانت مقدرة كالثمن في البيع والمهر في النكاح ولنا قوله
تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف مطلقا عن التقدير
فمن قدره فقد خالف النص ولانه اوجبها باسم الرزق ورزق الانسان
كفايته في العرف والعادة كرزق القاضي والمضارب كرزق القاضي
والمضارب وروي ان هندا امراة ابي سفيان قالت يا رسول الله
ان ابا سفيان رجل شحيح وانه لا يعطيني ما يكفيني وولدي فقال صلى
الله عليه وسلم خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف
نص على الكفاية فدل ان نفقة الزوجة مقدرة بالكفاية ولانها وجبت
لكونها محبوسة بحق الزوج ممنوعة عن الكسب لحقه فكان وجوبها
بطريق الكفاية كنفقة القاضي والمضارب واما الاية ففي حجة عليه
لان فيها امرا لذي السعة بالانفاق فكان التقدير على قدر سعته
مطلقا عن التقدير بالوزن فكان التقدير به تقييد المطلق فلا
يجوز الا بدليل وقوله انه اطعام واجب يبطل بنفقة الاقارب
فانه اطعام واجب وهو غير مقدر بل الكفاية والتقدير
بالوزن في الكفارات ليس لكونها نفقة واجبة بل لكونها عبادة
لوجوبها على وجه الصدقة كالزكوات فكانت مقدرة بنفسها
كالزكاة ووجوب النفقة ليس على وجه الصدقة بل على وجه الكفاية
فيتقدر بكفايتها كنفقة الاقارب واما قوله انها وجبت بدلا ممنوع
ولسنا نقول انها تجب بمقابلة الحبس بل تجب جزاء على الحبس ولا
يجوز ان يكون واجبة بمقابلة ملك النكاح لما ذكرنا واذا كان وجوبها
على سبيل الكفاية فيجب على الزوج من النفقة ما يكفيها من الطعام
والادام والدهن لان الخبز لا يؤكل عادة الا ماد وما والدهن
لا بد منه للنساء ولا تقدر نفقتها بالدراهم والدنانير على اي
سعر كانت لان فيه اضرارا باحد الزوجين اذ السعر قد يغلو
وقد يرخص بل يقدر لها على اختلاف الاسعار غلاء ورخصا رعاية

للجانبين ويجب عليه من الكسوة في كل سنة مرتين صيفية وشتوية
لانها كما تحتاج الى الطعام والشراب تحتاج الى اللباس لستر العورة
ولدفع الحر والبرد ويختلف ذلك باليسار والاعسار والشتاء والصيف
على ما ذكرنا وذكر في كتاب النكاح ان المعسر يفرض عليه خمسة دراهم
في الشهر والموسر عشرة وذلك محمول على اعتبار قرار سعر الوقت
ولو جاء الزوج بطعام يحتاج الى الطبخ والخبز فابت المراة الطبخ
والخبز تعني بان تطبخ وتخبز لما روي ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قسم الاعمال بين علي وفاطمة فجعل اعمال الخارج على
علي رضي واعمال الداخل على فاطمة ولكنها لا تجبر على ذلك ان ابت
ويؤمر الزوج ان ياتي لها بطعام مهيا ولو استاجرها للطبخ
والخبز لم يجز ولا يجوز لها اخذ الاجرة على ذلك لانها لو اخذت
لاخذت على عمل واجب عليها في الفتوى فكان في معنى الرشوة فلا
يحل لها الاخذ وذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله ان هذا اذا
كان بها علة لا تقدر على الطبخ والخبز او كانت من بنات الاشراف
فاما اذا كانت تقدر على ذلك وهي ممن تخدم بنفسها تجبر على ذلك
وان كان لها خادم يجب لخادمها ايضا النفقة والكسوة اذا كانت
متفرغة لخدمتها لا شغل لها غيرها لان امور البيت لا يقوم
بها وحدها فتحتاج الى خادم ولا يجب عليه لاكثر من خادم
واحد في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف رحمه الله
يجب لخادمين ولا يجب لاكثر من ذلك وروي عنه رواية اخرى
ان المراة اذا كانت يجل مقدارها عن خدمة خادم واحد
وتحتاج الى اكثر من ذلك يجب لاكثر من ذلك بالمعروف وهو
اخذ الطحاوي وجه ظاهر قول ابي يوسف رحمه الله ان امر
المخدوم الواحد لا يقوم بخادم واحد بل تقع الحاجة الى خادمين
يكون احدهما معينا للاخر وجه قولهما ان الزوج لو قام
بخدمتها بنفسه لا يلزمه نفقة خادم اصلا وخادم واحد
يقوم مقامه صار كانه خدم بنفسه ولان الخادم الواحد لا بد
منه والزيادة على ذلك ليس له حد معلوم يقدر به فلا يكون
اعتبار الخادمين اولى من الثلاث والاربع فيتقدر بالاقل
وهو الواحد هذا اذا كان الزوج موسرا فاما اذا كان معسرا
فقد روي الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه لما كان لها خادم علم
انها لا ترضى بالخدمة بنفسها فكان على الزوج نفقة خادمها
واذا لم يكن لها خادم دل انها راضية بالخدمة بنفسها فلا تجبر على

وجه قول محمد انه لما كان لها خادم فعليه نفقته

اخادم خادم لم يكن **وجه رواية الحسن** ان الواجب على الزوج المعسر
من النفقة ادنى الكفاية وقد تكتفي المراة بخدمة نفسها فلا يلزمه
نفقة الخادم وان كان لها خادم **واما الثاني وهو** بيان ما يقدر
به هذه النفقة ايضا **فقد** اختلف فيه ايضا **ذكر** ابو الحسن الكرخي رحمه الله
ان قدر النفقة والكسوة تعتبر بحال الزوج في يساره واعساره
لا بحالها وهو قول الشافعي رحمه الله ايضا وذكر الخصاف رحمه الله
انه يعتبر بحالهما جميعا حتى لو كانا موسرين فعليه نفقة اليسار
وان كانا معسرين فعليه نفقة الاعسار وكذلك اذا كان الزوج
معسرا والمراة موسرة ولا خلاف في هذه الجملة فاما اذا كان
الزوج موسرا والمراة معسرة فعليه نفقة اليسار على ما ذكره
الكرخي وعلى قول الخصاف عليه ادنى من نفقة الموسرات واوسع
من نفقة المعسرين حتى لو كان الزوج مفرطا في اليسار ياكل
خبز الحوارى ولحم الحمل او الدجاج والمراة مفرطة في الفقر تاكل
في بيت اهلها خبز الشعير لا يجب عليه ان يطعمها خبز الحنطة
ولحم الشاة وكذلك الكسوة على هذا الاعتبار **وجه قول الخصاف**
ان في اعتبار حالهما في تقدير النفقة والكسوة نظرا من الجانبين
فكان اولى من اعتبار حال احدهما والصحيح ما ذكره الكرخي لقوله
تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق
مما اتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما اتاها وهذا نص في الباب
واذا عرف هذا **فنقول** وبالله التوفيق اذا كان الزوج
معسرا ينفق عليها ادنى ما يكفيها من الطعام والادام والدهن
بالمعروف ومن الكسوة ادنى ما يكفيها من الصيفية والشتوية
وان كان متوسطا ينفق عليها اوسع من ذلك بالمعروف
ومن الكسوة ارفع من ذلك بالمعروف وان كان غنيا ينفق
عليها اوسع من ذلك كله بالمعروف ومن الكسوة ارفع من ذلك
كله بالمعروف وانما كانت النفقة والكسوة بالمعروف لان دفع
الضرر عن الزوجين واجب وذلك في ايجاب الوسط من الكفاية
وهو تفسير المعروف فيكفيها من الكسوة في الصيف قميص وخمار
وملحفة وسراويل ايضا في عرف ديارنا على قدر حاله من
الخشن واللين والوسط الخشن اذا كان من الفقراء واللين
اذا كان من الاغنياء والوسط اذا كان من الاوساط وذلك كله
من القطن او الكتان على حسب عادات البلدان الا الخمار فانه
يفرض على الغني خمار حرير وفي الشتاء يزاد على كسوة او فروة بحسب

اختلاف

اختلاف البلاد في الحر والبرد **واما** نفقة الخادم فقد قيل ان الزوج
الموسر يلزمه نفقة الخادم كما يلزم المعسر نفقة امراته وهو ادنى الكفاية
وكذلك الكسوة ولو اختلفا فقالت المراة انه موسر وعليه نفقة
الموسرين وقال الزوج اني معسر وعلي نفقة المعسرين والقاضي
لا يعلم بحاله ذكر في كتاب النكاح ان القول قول الزوج مع يمينه
وكذا ذكر الكرخي والخصاص وذكر محمد رحمه الله في الزيادات ان
القول قول المراة مع يمينها **واصل هذا** انه متى وقع الاختلاف
بين الطالب وبين المطلوب في يسار الطالب واعساره في ساير الديون
فالمشايخ اختلفوا فيه منهم من قال القول قول المطلوب مطلقا
ومنهم من جعل القول قول الطالب مطلقا ومنهم من حكم فيه زي
المطلوب ومحمد رحمه الله فصل بين دين ودين فجعل القول قول
الطالب في البعض وقول المطلوب في البعض وذكر في الفصل
اصلا يوجب ان يكون القول في النفقة قول المراة وكذا فصل
الخصاف لكنه ذكر اصلا يقتضي ان يكون القول في النفقة
قول الزوج وبيان الاصلين وذكر الحجج يأتي في كتاب الحبس
ان شا الله تعالى فان اقامت المراة البينة على يسارها قبلت
بينتها وان اقاما جميعا البينة فالبينة بينتها لانها
مثبتة وبينة الزوج لا تثبت شيا ولو فرض القاضي لها
نفقة شهر وهو معسر ثم ايسر قبل تمام الشهر يزيدها في الفرض
لان النفقة تختلف باختلاف اليسار والاعسار وكذلك لو
فرض لها فريضة الوقت والسعر رخيص ثم غلا فلم يكفيها
ما فرض لها فانه يزيدها في الفرض لان الواجب كفايتها
وذلك يختلف باختلاف السعر ولو فرض لها نفقة شهر
فدفعها اليها الزوج ثم ضاعت قبل تمام الشهر فليس عليه نفقة
اخرى حتى يمضي الشهر وكذا اذا كساها الزوج فضاعت
الكسوة قبل تمام المدة فلا كسوة لها عليه حتى تمضي المدة التي
اخذت لها الكسوة قبل تمام المدة فلا كسوة لها عليه بخلاف
نفقة الاقارب فان هناك يجبر على نفقة اخرى لتمام
المدة اذا هلكت النفقة عنها **ووجه الفرق** ان تلك
النفقة تجب للحاجة **الا ترى** انها لا تجب الا للمحتاج وقد تحققت
الحاجة الى نفقة اخرى وكسوة اخرى ووجوب هذه النفقة
ليس معلولا بالحاجة بدليل انها تجب للموسرة الا ان لها شبها
بالاعواض وقد جعلت عوضا عن الاحتباس في جميع الشهر

فلا يلزمه عوض آخر في هذه المدة ولو فرض لها القاضي نفقة او كسوة فمضى الوقت الذي اخذت له وقد بقيت تلك النفقة والكسوة بان اكلت من مال آخر او لبست ثوبا آخر فلها عليه نفقة اخرى وكسوة اخرى بخلاف نفقة الاقارب والفرق ما ذكرنا ان نفقة الاقارب تجب بعلة الحاجة صلة محضة ولا حاجة عند بقا النفقة والكسوة ونفقة الزوجات لا تجب لمكان الحاجة وانما تجب جزاء عن الاحتباس في هذه المدة وهي محتبسة بعد مضي هذه المدة بحبس آخر فلا بد لها من عوض آخر ولو نفدت نفقتها قبل مضي المدة التي لها اخذت او تخرق الثوب فلا نفقة لها على الزوج ولا كسوة حتى تمضي المدة بخلاف نفقة الاقارب وكسوتهم والفرق على نحو ما ذكرنا والله اعلم

فصل

واما بيان كيفية وجوب هذه النفقة **فقد** اختلف العلما في وجوبها فقال اصحابنا رضي الله عنهم انها تجب على وجه لا تصير دينا في ذمة الزوج الا بقضا القاضي او بتراضي الزوجين فان لم يوجد احد هذين تسقط بمضي الزمان **وقال** الشافعي رحمه الله انها تصير دينا في الذمة من غير قضا ولا رضا ولا تسقط بمضي الزمان فيقع الكلام في هذا الفصل في مواضع **في** بيان ان الفرض من القاضي او التراضي هل هو شرط صيرورة هذه النفقة دينا في ذمة الزوج **وفي** بيان شرط جواز فرضها من القاضي على الزوج اذا كان شرطا **وفي** بيان حكم صيرورتها دينا في ذمة الزوج **اما الاول** فهو على الاختلاف الذي ذكرنا **احتج** الشافعي رحمه الله بقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وعلى كلمة ايجاب فقد اخبر عن وجوب الكسوة النفقة والكسوة مطلقا عن الزمان **وقوله تعالى** لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله امر بالانفاق مطلقا عن الوقت ولان النفقة قد وجبت والاصل ان ما وجب على انسان لا يسقط الا بالقضا او بالابرا كسائر الواجبات ولانها وجبت عوضا لوجوبها بمقابلة المتعة فتبقت في الذمة من غير قضا كالمهر **والدليل** ان الزوج يجبر على تسليم النفقة ويحبس عليها والصلة لا تحتمل الحبس والجبر **ولنا** ان هذه النفقة تجري مجرى الصلة وان كانت تشبه الاعواض لكنها ليست بعوض حقيقة لانها لو كانت عوضا حقيقة فاما ان كانت عوضا عن ملك المتعة وهي الاختصاص بها لا سبيل الى الاول لان الزوج ملك منفعتها بالعقد فكان

هو

هو بالاستمتاع متصرفا في ملك نفسه باستيفا منافع مملوكة له ومن تصرف في ملك نفسه لا يلزمه عوض عليه ولا وجه للثاني لان ملك المتعة قد قوبل بعوض مرة فلا يقابل بعوض آخر فخلت النفقة عن عوض فلا يكون عوضا حقيقة بل كانت صلة ولذلك سماها الله تعالى رزقا بقوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف والرزق اسم للصلة كرزق القاضي والصلات لا تملك بانفسها بل بقرينة تنضم اليها وهي القبض كما في الهبة وقضا القاضي لان للقاضي ولاية الالزام في الجملة او التراضي لان ولاية الانسان على نفسه اقوى من ولاية القاضي عليه بخلاف المهر لانه وجب بمقابلة ملك المتعة فكان عوضا مطلقا فلا تسقط بمضي الزمان كسائر الديون المطلقة ولا حجة له في الآيتين لان فيهما وجوب النفقة لا بقاها واجبة لانهما لا يتعرضان للوقت فلو ثبت البقا انما يثبت باستصحاب الحال وانه لا يصلح لالزام الخصم واما قوله ان الاصل فيما وجب على انسان لا يسقط الا بالقضا والابرا **فنقول** هذا حكم الواجب مطلقا لا حكم الواجب على طريق الصلة بل حكمه انه يسقط بمضي الزمان كنفقة الاقارب واجرة المسكن وقد خرج الجواب عن قوله انها وجبت عوضا واما الجبر والحبس فان الصلة تحتمل ذلك في الجملة فانه يجبر على نفقة الاقارب ويحبس لها وان كانت صلة وكذا من اوصى بان يوهب عبده من فلان بعد موته فمات الموصي وامتنع الوارث من تنفيذ الهبة في العبد يجبر عليه ويحبس به وان كانت الهبة صلة فدل ان الجبر والحبس لا ينفيان معنى الصلة **وعلى هذا** تخرج ما اذا استدانت على الزوج قبل الفرض والتراضي فانفقت انها لا ترجع بذلك على زوجها بل تكون متطوعة في الانفاق سوا كان الزوج غائبا او حاضرا لانها لم تصر دينا في ذمة الزوج لعدم صيرورتها دينا في ذمته فكانت الاستدانة الزاما الدين الزوج بغير امره وامره له ولاية الامر فلا يصح وكذا اذا انفقت من مال نفسها لما قلنا وكذا لو ابرات زوجها عن النفقة قبل فرض القاضي والتراضي لا يصح الابرا لانه ابرا عما ليس بواجب والابرا اسقاط ما ليس بثابت ممتنع وكذا لو صالحت زوجها على نفقة وذلك لا يكفيها ثم طلبت ما يكفيها فان القاضي يفرض لها ما يكفيها لانها حطت ما ليس بواجب والحط قبل الوجوب باطل كالابرا واما الثاني فلوجوب الفرض على القاضي

وجوازه منه شرطان **احدهما** طلب المراة الفرض منه لانه انما يفرض
النفقة على الزوج حقا لها فلا بد من الطلب من صاحب الحق **والثاني**
حضرة الزوج حتى لو كان الزوج غايبا وطلبت المراة من القاضي ان يفرض
لها عليه نفقة لم يفرض وان كان القاضي عالما بالزوجية وهذا
قول ابي حنيفة الاخر وهو قول شريح **وقد كان** ابو حنيفة اولا يقول
وهو قول ابراهيم ان هذا ليس بشرط ويفرض القاضي النفقة على
الغايب وحجة هذا القول **ما روينا** عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه قال لهند امراة ابي سفيان خذي من مال ابي سفيان
ما يكفيك وولدك بالمعروف وذلك كان من النبي صلى الله عليه
وسلم كان فرض النفقة على ابي سفيان وكان غايبا ه
وحجة هذا القول الاخر ان الفرض من القاضي على الغايب قضا
عليه وقد صح من اصلنا ان القضا على الغايب لا يجوز الا ان يكون
عنه خصم حاضر ولم يوجد واما الحديث فلا حجة له فيه لان رسول
الله صلى الله عليه وسلم انما قال لهند على سبيل الفتوى لا على
طريق القضا بدليل انه لم يقدر لها ما تاخذه من مال ابي سفيان
وفرض النفقة من القاضي تقديرها فاذا لم يقدر لم يكن فرضا
فلم يكن قضا تحققه ان من جوز القضا على الغايب فانما يجوزه اذا
كان غايبا غيبة سفر فاما اذا كان في المصر فانه لا يجوز بالاجماع
لانه لا يعد غايبا وابو سفيان لم يكن مسافرا فدل ان ذلك كان
اعانة لا قضا فان لم يكن القاضي عالما بالزوجية فسالت
القاضي ان يسمع بينتها بالزوجية ويفرض على الغايب وقال
ابو يوسف رحمه الله لا يسمعها ولا يفرض وقال زفر رحمه الله
يسمع ويفرض لها وتستدين عليه فاذا حضر الزوج وانكر
يامرها باعادة البينة في وجهه فان فعلت ذلك نفذ
الفرض وصحت الاستدانة وان لم تفعل لم ينفذ ولم يصح **وجه
قول زفر** ان القاضي انما يسمع هذه البينة لا لاثبات النكاح
على الغايب ليقال ان الغيبة يمنع من ذلك بل ليتوصل بها الى
الفرض ويجوز سماع البينة في حق حكم دون حكم كشهادة رجل
وامراتين على السرقة انها تقبل في حق المال ولا تقبل في حق
القطع كذا ههنا تقبل هذه البينة في حق صحة الفرض لا في اثبات
النكاح فاذا حضر وانكر استعاد البينة فان اعادت نفذ
الفرض وصحت الاستدانة عليه والا فلا والصحيح قول ابي يوسف
لان البينة على اصل اصحابنا لا تسمع الا على خصم حاضر ولا خصم فلا

تسمع

تسمع وما ذكره زفر ان بينتها تقبل في حق صحة الفرض غير سديد لان صحة الفرض
مبنية على ثبوت الزوجية فان لم يكن الى اثبات الزوجية بالبينة سبيل لعدم
الخصم لم يتصور فلا سبيل الى القبول في حق صحة الفرض ضرورة **هذا** اذا كان
الزوج غايبا ولم يكن له مال حاضر فاما اذا كان له مال حاضر فان
كان المال في يدها وهو من جنس النفقة فلها ان تنفق على نفسها منه بغير
امر القاضي لحديث ابي سفيان فلو طلبت المراة من القاضي فرض
النفقة في ذلك المال وعلم القاضي بالزوجية وبالمال فرض لها النفقة
فيه لان لها ان تاخذ فتنفق على نفسها من غير فرض القاضي فلم يكن
الفرض من القاضي في هذه الصورة قضا بل كان اعانة لها على استيفا
حقها وان كان في يد مودعه او مضاربه او كان له دين على غيره فان
كان صاحب اليد مقرا بالوديعة والزوجية او كان من عليه الدين
مقرا بالدين والزوجية او كان القاضي عالما بذلك فرض لها في
ذلك المال نفقتها في قول اصحابنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله
لا يفرض **وجه قوله** ان هذا قضا على الغايب من غير ان يكون عنه
خصم حاضر اذ المودع ليس بخصم عن الزوج وكذا المديون فلا يجوز
ولنا ان صاحب اليد وهو المودع اذا اقر بالوديعة والزوجية
او اقر المديون بالدين وبالزوجية فقد اقر ان لها حق الاخذ والاستيفا
لان للزوجة ان تمد يدها الى مال زوجها فتاخذ كفايتها منه لحديث
ابي سفيان فلم يكن فرض القاضي النفقة لها في ذلك المال قضا بل
كان اعانة لها على اخذ حقها وله على احيا زوجته فله ذلك وان جحد
احد الامرين ولا علم القاضي به لم يسمع البينة ولم يفرض لان سماع
البينة والفرض يكون قضا على الغايب من غير خصم حاضر لانه ان
انكر الزوجية لا يمكنها اقامة البينة على الزوجية لان المودع ليس
بخصم عنه في الزوجية وان انكر الوديعة او الدين لا يمكنها اقامة
البينة على الوديعة والدين لانها ليست بخصم عن زوجها في اثبات
حقوقه فكان في سماع البينة على ذلك قضا على الغايب من غير ان يكون
عنه خصم حاضر وذلك غير جايز عندنا **هذا** اذا كانت الوديعة
والدين من جنس النفقة فان كان دراهم او دنانير او طعاما او ثيابا من
جنس كسوتها فاما اذا كان من جنس اخر فليس لها ان تتناول شيا من ذلك
وان طلبت من القاضي فرض النفقة فيه فان كان عقارا لا يفرض القاضي
النفقة فيه بالاجماع لانه لا يمكن ايجاب النفقة فيه الا بالبيع ولا
يباع العقار على الغايب في النفقة بالاتفاق وان كان منقولا من
العروض فقد ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي الخلاف فيه

فقال القاضي لا يبيع العروض عليه في قول ابي حنيفه رحمه الله وعندهما له ان يبيعها
عليه وهي مسئلة الحجر على الحر العاقل البالغ وذكر الشيخ ابو الحسين احمد ه
القدوري المسئلة على الاتفاق فقال القاضي انما يبيع على اصلهما على الحاضر
الممتنع عن قضا الدين لكونه ظالما في الامتناع دفعا لظلمه والغايب لا يعلم
امتناعه فلا يتحقق ظلمه فلا يباع عليه واذا فرض القاضي لها النفقه
في شي من ذلك واخذ منها كفيلا فهو حسن لاحتمال ان يحضر الزوج فيقيم
البينه على طلاقها او على ايفا حقها في النفقه عاجلا فينبغي ان يستوثق
ما يعطيها بالكفاله ثم اذا رجع الزوج ينظر ان كان لم يعجل لها ه
النفقه فقد مضى الامر وان كان قد عجل واقام البينه على ذلك
او لم يقم له بينة واستحلفها فنكلت فهو بالخيار ان شا اخذ من المراة
وان شا اخذ من الكفيل ولو اقرت المراه انها كانت قد تعجلت النفقه
من الزوج ياخذ منها ولا ياخذ من الكفيل لان الاقرار حجة قاصره فيظهر
في حقها لا في حق الكفيل ولو طلبت الزوجة من الحاكم ان تدفع مهرها ه
ودينها من الوديعه والدين لم يفعل ذلك وان كان عالما بهما لان القضا
بالنفقه في الوديعة والدين كان نظرا للغايب لما في الانفاق من احيا
زوجته بدفع الهلاك عنها والظاهر انه يرضى بذلك وهذا المعنى
لا يوجد في المهر والدين ولو كان الحاكم فرض لها النفقه قبل غيبته
وطلبت من الحاكم ان يقضي لها بنفقة ماضيه في الوديعة والدين ه
يستوي فيه الماضي والمستقبل لان طريق الجواز لا يختلف وكذلك
اذا كان للغايب مال حاضر وهو من جنس النفقه وله اولاد صغار
فقرا وكبار ذكور زمنى فقرا واناث فقيرات وولدان فقيران
فان كان المال في ايديهم فلهم ان ينفقوا منه على انفسهم وان طلبوا
من القاضي فرض النفقه منه فرض لان الفرض منه يكون اعانة
لا قضا وان كان المال في يد مودعه او كان دينا على انسان فرض
القاضي نفقتهم منه وكذلك اذا اقر المودع والمديون بالوديعه
والدين والنسب او علم القاضي بذلك لان نفقة الوالدين والمولودين
تجب بطريق الاحيا لان الانسان يرضى باحيا كله وجزوه من ماله
ولهذا كان لاحدهما ان يمد يده الى مال الاخر عند الحاجة ويأخذ
من غير قضا ولا رضى وقد تحققت الحاجه ههنا فكان للقاضي ان ه
ان يفرض ذلك من طريق الاعانه لصاحب الحق وان جحدهما ه
او احدهما ولا علم للقاضي به لم يفرض لما ذكرنا في الزوجه ولا يفرض
لغيرها ولا علم للقاضي به لم يفرض لما ذكرنا ولا يفرض لغير هولا من
ذوي الرحم المحرم نفقتهم في مال الغايب لان نفقتهم من طريق الصله

المحصنه اذ ليس لهم حق في مال الغايب اصلا **الا تري** ان ليس لاحدهم ان يمد
يده الى مال صاحبه فياخذه وان مست حاجته من غير قضا القاضي ه
فكان الفرض قضا على الغايب من غير خصم حاضر فلا يجوز وان لم يكن المال
من جنس النفقة فليس لهم ان يبيعوا بانفسهم وليس للقاضي ان يبيع على ه
الغايب في النفقة على غير هولا العقار بالاجماع والحكم في العروض ما
بينا من الاتفاق او الاختلاف وفي بيع الاب العروض خلاف يذكر
في نفقة المحارم واما يسار الزوج فليس بشرط لوجوب الفرض
حتى لو كان معسرا وطلبت المراة الفرض من القاضي فرض عليه اذا
كان حاضرا وتستدين عليه فينفق على نفسها لان الاعسار لا يمنع
وجوب هذه النفقه فلا يمنع الفرض واذا طلبت المراه من القاضي
فرض النفقه على زوجها الحاضر فان كان قبل النقله وهي بحيث
لا تمتنع من التسليم او طالبته بالتسليم او كان امتناعها بحق فرض
القاضي لها اعانة لها على الوصول الى حقها الواجب لوجود سبب
الوجوب وشرطه وان كان بعد ما حولها الى منزله فزعمت انه ليس
ينفق عليها او شكت التضييق في النفقه فلا ينبغي له ان يعجل ه
بالفرض ولكنه يامره بالنفقه والتوسيع فيها لان ذلك من باب
الامساك بالمعروف وانه مامور به ويتانى في الفرض ويتولى
الزوج الانفاق بنفسه قبل الفرض الى ان يظهر ظلمه ه
بالترك او التضييق في النفقه فحينئذ يفرض عليه نفقة كل
شهر ويامر ان يدفع النفقه اليها لتنفق هي بنفسها على نفسها
ولو قالت ايها القاضي انه يريد ان يغيب فخذ لي منه كفيلا ه
بالنفقه لا يجبر القاضي على اعطا الكفيل لان نفقة المستقبل
غير واجبة للحال فلا يجبر على التكفيل بدين واجب فكيف بغير
الواجب والى هذا اشار ابو حنيفه رحمه الله فقال لا اوجب
عليه كفيلا بنفقة لم يجب لها بعد قال ابو يوسف رحمه الله استحسن
ان اخذ لها كفيلا منه بنفقة شهر لانا نعلم بالعاده ان هذا القدر
يجب في السفر لان السفر يمتد الى شهر غالبا **والجواب**
ان نفقة الشهر لا تجب قبل الشهر فكان تكفيلا بما ليس بواجب فلا
يجبر عليه ولكن لو اعطاها كفيلا جاز لان الكفاله بما يذوب
على فلان جايزه **واما الثالث** وهو بيان حكم صيروره هذه
النفقة دينا في ذمة الزوج **فنقول** وبالله التوفيق اذا
فرض القاضي لها نفقة كل شهر او تراضيا على ذلك ثم منعها
الزوج ذلك شهرا غايبا كان او حاضرا فلها ان تطالبه بنفقة ما مضى

لانها لما صارت دينا بالفرض او بالتراضي صارت في استحقاق المطالبة بها كساير
الديون بخلاف نفقة الاقارب اذا مضت المده ولم يوجد انها تسقط لانها
لا تصير دينا راسا لان وجوبها للكفاية وقد حصلت الكفايه فيما مضى
فلا يبقى الواجب كما لو استغنى بماله **فاما** وجوب هذه النفقه فليس للكفاية
وان كانت مقدرة بالكفاية **الا ترى** انها تجب مع الاستغنا بان كانت
موسره وليس في مضي الزمان الا الاستغنا فلا يمنع بقا الواجب ولو
انفقت من مالها بعد الفرض او التراضي لها ان ترجع على الزوج
لان النفقة صارت دينا عليه وكذلك اذا استدانت على الزوج لما
قلنا سوا كانت استدانتها باذن القاضي او بغير اذنه غير انها ان
كانت بغير اذن القاضي كانت المطالبه عليها خاصه ولم يكن للغريم
ان يطالب الزوج بما استدانت وان كانت باذن القاضي لها ان تحيل
الغريم على الزوج فيطالبه بالدين وهو فايدة اذن القاضي بالاستدانه
ولو فرض الحاكم النفقة على الزوج فامتنع من دفعها وهو موسر
وطلبت المراه حبسه له ان يحبسه لان النفقه لما صارت دينا
عليه بالقضا صارت دينا عليه بالقضا صارت كساير الديون
الا انه لا ينبغي ان يحبسه في اول مره تقدم اليه بل يوخر الحبس الى
مجلسين او ثلاث يعظه في كل مجلس يقدم اليه فان لم يدفع حبسه
حينئذ كما في الديون لما نذكر في كتاب الحبس ان شا الله تعالى
واذا حبس لاجل النفقه فما كان من جنس النفقه سلم القاضي اليها بغير
رضاه بالاجماع وما كان من خلاف الجنس لا يبيع عليه شيا من
ذلك ولكن يامره ان يبيع بنفسه وكذا في ساير الديون في قول
ابي حنيفه رحمه الله وعندهما يبيع عليه وهي مسيلة الحجر على الحر
العاقل البالغ نذكرها في كتاب الحجر ان شا الله تعالى فان ادعى
الزوج انه قد اعطاها النفقه وانكرت فالقول قولها مع يمينها
لان الزوج يدعي قضا دين عليه وهي تنكر فيكون القول قولها
مع يمينها كما في ساير الديون ولو اعطاها الزوج مالا فاختلفا
فقال الزوج هو من المهر وقالت هو من النفقه فالقول قول
الزوج الا ان تقيم المراة البينه لان التمليك منه فكان هو
اعرف بجهة التمليك كما لو بعث اليها شيا فقالت هو هديه
وقال هو من المهر ان القول قوله الا في الطعام الذي يوكل لما قلنا
كذا هذا ولو كان للزوج عليها دين فاحتسبت من نفقتها جاز
لكن برضا الزوج لان التقاص انما يقع بين الدينين المتماثلين
الا ترى انه لا يقع بين الجيد والردي ودين الزوج اقوى

بدليل

بدليل انه لا يسقط بالموت ودين النفقه يسقط بالموت فاشبه الجيد بالردي
فلا بد من المقاصه بخلاف غيرها من الديون

فصل

واما بيان
ما يسقطها بعد وجوبها وصيرورتها دينا في ذمة الزوج فالمسقط
لها بعد الوجوب قبل صيرورتها دينا في الذمه واحد وهو مضي الزمان
من غير فرض القاضي والتراضي **واما** المسقط لها بعد صيرورتها
دينا في ذمة الزوج فامور **منها** الابرا لانها لما صارت دينا في
ذمته كان الابرا اسقاط الدين واجب فيصح كما في ساير الديون
ولو ابراته عما يستقبل من النفقة المفروضه لم يصح الابرا لانها تجب
شيا فشيا على حسب حدوث الزمان فكان الابرا منها اسقاط
الواجب قبل الوجوب وقبل وجود سبب الوجوب ايضا وهو
حق الحبس لانه يتجدد بتجدد الزمان فلم يصح وكذا هبة النفقة
الماضيه لان هبة الدين ممن عليه الدين تكون ابرا عنه فتكون اسقاط دين
واجب فيصح ولا يصح هبة ما يستقبل لما قلنا **ومنها** موت
احدهما حتى لو مات الرجل قبل اعطا النفقه لم يكن للمراة
ان تاخذها من ماله ولو ماتت المراه لم يكن لورثتها ان ياخذوا
لما ذكرنا انها تجري مجرى الصله والصله تبطل بالموت قبل القبض
كالهبه فان كان الزوج اسلفها نفقتها وكسوتها ثم مات قبل
مضي ذلك الوقت لم يرجع ورثته عليها بشي في قول ابي حنيفه رحمه
الله وابي يوسف سوا كان قايما او مستهلكا وكذلك لو ماتت هي
لم يرجع الزوج في تركتها عندهما وقال محمد رحمه الله لها حصة
ما مضى من النفقه والكسوه ويجب رد الباقي وان كان هالكا فلا
شي بالاجماع **وروى** ابن رستم عن محمد رحمه الله انها ان كانت قبضت
نفقة شهر فما دونه لم يرجع عليها بشي وان كان المفروض اكثر من
ذلك يرفع عنها نفقة شهر وردت ما بقي **وجه هذه الروايه**
ان الشهر وما دونه في حكم القليل فصار كنفقة الحال وما زاد عليها
في حكم الكثير فيثبت فيه الرجوع كالدين **وجه ظاهر قول محمد**
ان هذه النفقه تشبه الاعواض فيسلم لها بقدر ما سلم للزوج
من العوض كالاجاره اذا عجل المستاجر الاجره ثم مات احدهما
قبل تمام المده **وجه قولهما** ان هذه صلة اتصل بها القبض
فلا يثبت فيها الرجوع بعد الموت كساير الصلات المقبوضه
واما قوله انها تشبه الاعواض فنعم لكن بوصفها لا باصلها
بل هي صلة باصلها **الا ترى** انها تسقط بالموت قبل القبض بلا خلاف
بين اصحابنا لاعتبار معنى الصله فيراعى فيها المعنيان جميعا

لو مات احدهما قبل القبض سقط المفروض

وراعينا معنى الاصل بعد القبض فقلنا انها لا تبطل بالموت بعد القبض فلا
يثبت فيها الرجوع اعتبارا للاصل وراعينا معنى الوصف قبل القبض فقلنا
انها تبطل بالموت قبل القبض كالصلاة وراعينا معنى الوصف بعد القبض
فقلنا لا يثبت فيها الرجوع كالاعواض اعتبارا للاصل والوصف جميعا
على ما هو الاصل في العمل بالشبهين عند الامكان **فصل واما**
نفقة الاقارب فالكلام فيها ايضا يقع في المواضع التي ذكرناها
في نفقة الزوجات **و**هو بيان وجوب هذه النفقة **و**سبب وجوبها
وشرط الوجوب **و**مقدار الواجب **و**كيفية الوجوب **و**ما يسقطها
بعد الوجوب **اما الاول** وهو بيان الوجوب فلا يمكن الوصول اليه
الا بعد انواع القرابات **فنقول** وبالله التوفيق **القرابة**
في الاصل نوعان **قرابة** الولاد **وقرابة** غير الولاد **و**قرابة غير الولاد
نوعان ايضا **قرابة** محرمة للنكاح كالاخوة والعمومة والخؤولة **وقرابة**
غير محرمة للنكاح كقرابة بني الاعمام والخالات والاخوال ولا
خلاف في وجوب النفقة في قرابة الولاد **اما نفقة الوالدين**
فلقوله تعالى وقضى ربك ان لا تعبدوا الا اياه وبالوالدين احسانا
اي امر ربك ووصى ربك ان لا تعبدوا الا اياه وامر ووصى
بالوالدين احسانا والانفاق عليهما حال فقرهما من احسن الاحسان
وقوله ووصينا الانسان بوالديه حسنا وقوله ان اشكر لي ولوالديك
والشكر للوالدين هو المكافاة لهما امر الولد ان يكافئ لهما
ويجازي بعض ما كان منهما اليه من التربية والبر والعطف عليه
والوقاية من كل شر ومكروه وذلك عند عجزهما عن القيام لامر
انفسهما والحوائج لهما وان رادا لنفقة عليهما حال عجزهما وحاجتهما
من باب شكر النعمة فكان واجبا وقوله وصاحبهما في الدنيا معروفا
وهذا في الوالدين الكافرين فالمسلمان اولى والانفاق عليهما
عند الحاجة من اعرف المعروف وقوله ولا تقل لهما اف وانه
كناية عن كلام فيه ضرب ايذاء ومعلوم ان معنى التاذي بترك
الانفاق عليهما عند عجزهما وقدرة الولد اكثر فكان النهي عن
التافيف نهيا عن ترك الانفاق دلالة كما كان نهيا عن الشتم
والضرب دلالة **وروي** عن جابر رضي الله عنه ان رجلا جاء الى رسول
الله صلى الله عليه وسلم ومعه ابوه فقال يا رسول الله ان لي مالا
وان لي ابا وله مال وان ابي يريد ان ياخذ مالي فقال النبي صلى الله
عليه وسلم انت ومالك لابيك اضاف مال الابن الى الاب
بلام الملك التمليك وظاهره يقتضي ان يكون للاب في مال ابنه حقيقة

الملك

الملك فان لم يثبت الحقيقة فلا اقل من ان يثبت له حق التمليك عند الحاجة
وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم ان اطيب ما ياكل الرجل من كسبه وان
اولادكم من كسبكم فكلوا من كسب اولادكم اذا احتجتم اليه بالمعروف **و**الحديث حجة باوله
وآخره اما باخره فظاهر لانه صلى الله عليه وسلم اطلق للاب الاكل من
كسب ولده اذا احتاج اليه مطلقا عن شرط الاذن والعوض فوجب
القول به واما باوله فلان معنى قوله وان ولده من كسبه اي كسب
ولده من كسبه لانه جعل كسب الرجل اطيب الماكول والماكول كسبه
لا نفسه واذا كان كسب ولده كسبه كانت نفقته فيه لان نفقة الانسان
في كسبه ولانه ولده لما كان من كسبه كان كسب ولده ككسبه
وكسب كسب الانسان ككسبه كسبه ككسب عبد الماذون فكان
نفقته فيه **واما** نفقة الولد فلقوله تعالى والوالدات يرضعن
اولادهن الى قوله وعلى المولود له رزقهن اي رزق الوالدات
المرضعات فان كان المراد من الوالدات المرضعات المطلقات
المنقضيات العدة ففيها ايجاب نفقة الرضاع على المولود له وهو
الاب لاجل الولد كما في قوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن
وان كان المراد منهن المنكوحات او المطلقات المعتدات فانما
ذكر النفقة والكسوة في حال الرضاع وان كانت المراة تستوجب
ذلك من غير ولد لانها تحتاج لفضل كسوة لمكان الرضاع الا ترى
ان لها ان تفطر لاجل الرضاع اذا كانت ضائمة لزيادة حاجتها
الى الطعام بسبب الولد ولان الانفاق عند الحاجة من باب احياء
المنفق عليه والولد جزء الوالد واحياء نفسه واجب كذا احياء
جزئه واعتبار هذا المعنى يوجب النفقة من الجانبين ولان هذه
القرابة مفترضة الوصل محرمة القطع بالاجماع والانفاق من
باب الصلة فكان واجبا وتركه مع قدرة المنفق وتحقق حاجة
المنفق عليه يؤدي الى القطع فكان حراما **واختلف** في وجوبها
في القرابة المحرمة للنكاح سوى قرابة الولاد قال اصحابنا تجب
وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا تجب غير ان مالكا يقول
لا نفقة الا على الاب للابن والابن للاب حتى قال لا نفقة على الجد
لابن الابن ولا على ابن الابن للجد وقال الشافعي رحمه الله تجب
على الوالدين والمولودين والكلام في هذه المسئلة بناء على ان هذه
القرابة مفترضة الوصل محرمة القطع عندنا خلافا لهما وعلى
هذا يبنى العتق على الملك ووجوب القطع بالسرقة وهو من مسائل
العتاق نذكرها هناك ان شاء الله تعالى **ثم** الكلام في المسئلة على سبيل

الا بهذا **احتج الشافعي** فقال ان الله تعالى اوجب النفقة على الاب لا غيره
بقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف فمن كان مثل حاله في
القرب يلحق به والا فلا ولا يقال ان الله تعالى قال وعلى الوارث مثل ذلك
لان ابن عباس صرف قوله ذلك الى ترك المضاره لا الى النفقه والكسوه
فكان معناه لا يضار الوارث باليتيم كما لا يضار الوالده والمولود له
بولدهما **ولنا** قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك **روي** عن عمر بن الخطاب
وزيد بن ثابت وجماعة من التابعين انه معطوف على النفقه والكسوه
لا غير لا على ترك المضاره معناه وعلى الوارث مثل ما على المولود له من
النفقه والكسوه **ومصداق** هذا التاويل انه لو جعل عطفا على هذا
لكان عطف الاسم على الاسم وانه سائغ ولو عطف على ترك المضاره
لكان عطف الاسم على الفعل فكان الاول اولى ولانه لو جعل عطفا
في قوله لا تضار لكان من حق الكلام ان يقول والوارث مثل ذلك
وجماعة من اهل التاويل جعلوه عطفا على الكل من النفقه والكسوه
وترك المضاره لان الكلام كله معطوف بعضه على بعض بحرف الواو
انه حرف جمع فيصير الكل مذكورا في حال واحد فينصرف قوله ذلك
الى الكل اي على الوارث مثل ذلك من النفقه والكسوه وان لا
يضارها ولا تضاره في النفقه وغيرها **وبه تبين** رجحان
هذين التاويلين على تاويل ابن عباس على ان ما قاله ابن عباس
ومن تابعه لا ينفي وجوب النفقه على الوارث بل يوجب لان قوله
لا تضار والده بولدها نهي عن المضاره مطلقا في النفقه وغيرها
فاذا كان معنى اضرار الوالد الوالده بترك الانفاق عليها او
بانتزاع الولد منها وقد امر الوارث بقوله وعلى الوارث مثل ذلك
ان لا يضارها فانما يرجع ذلك الى مثل ما لزم الاب وذلك
يقتضي ان يجب على الوارث ان يسترضع الوالده باجر مثلها ولا يخرج
الولد من يدها الى يد غيرها اضرارا بها واذا ثبت هذا فظاهر
الايه يقتضي وجوب النفقه والكسوه على كل وارث او على مطلق
الوارث الا من خص او قيد بدليل **واما القرابه** التي ليست بمحرمة
للنكاح فلا نفقة فيها عند عامة العلما خلافا لابن ابي ليلى **واحتج** بظاهر
قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك من غير فصل بين وارث ووارث
وانا نقول المراد منه الوارث من الاقارب الذي له رحم محرم
لا مطلق الوارث عرفنا ذلك بقراءة ابن مسعود وعلى الوارث ذي الرحم
المحرم مثل ذلك ولان وجوبها في القرابه معلول بكونها صلة الرحم
وصيانة لها عن القطيعة فيختص وجوبها بقرابة يجب وصلها ويحرم

قطعها

قطعها ولم يوجد فلا يجب ولهذا لا يثبت العتق عند الملك ولا يحرم النكاح
ولا يمتنع وجوب القطع بالسرقه **فصل واما** سبب وجوب هذه
النفقه اما نفقة الاولاد فسبب وجوبها هو الولاد لان به يثبت الجزئيه
والبعضيه والانفاق على المحتاج احياء له ويجب على الانسان احياء جزئه
وكله وان شئت قلت سبب نفقة الاقارب في الولاد وغيرها من الرحم
المحرم هو القرابه المحرمه للقطع لانه اذا حرم قطعها يحرم
كل سبب مفضي الى القطع وترك الانفاق من ذي الرحم المحرم مع قدرته
وحاجة المنفق عليه يفضي الى قطع الرحم فيحرم الترك واذا حرم الترك
وجب الفعل ضرورة **واذا عرف هذا فنقول** الحال في القرابه
الموجبه للنفقه لا يخلو اما ان كانت حال الانفراد بان لم يكن هناك
ممن تجب عليه النفقه الا واحد تجب كل النفقه عليه عند استجماع
شرائط الوجوب لوجود سبب وجوب كل النفقه عليه وهو الولاد
او الرحم المحرم وشرطه من غير مزاحم وان كانت حال الاجتماع
فالاصل انه متى اجتمع الاقرب والابعد فالنفقه على الاقرب
في قرابة الولاد وغيرها من الرحم المحرم وان استويا في
القرب ففي قرابة الولاد يطلب الترجيح من وجه اخر ويكون
النفقه على من وجد في حقه نوع رجحان ولا يتقسم النفقه عليهما
على قدر المواريث وان كان كل واحد وارثا وان لم يوجد
الترجيح فالنفقه عليهما على قدر ميراثهما **واما** في غيرها
من الرحم المحرم فان كان الوارث احدهما والاخر محجوبا فالنفقه
على الوارث ويرجح بكونه وارثا وان كان كل واحد منهما وارثا
فالنفقه عليهما على قدر الميراث وانما كان كذلك لان النفقه
في قرابة الولاد تجب بحق الولاده لا بحق الوراثه **قال**
الله تعالى وعلى المولود له رزقهن علق وجوبها باسم الولاد
وفي غيرها من الرحم المحرم تجب بحق الوراثه لقوله تعالى وعلى
الوارث مثل ذلك علق الاستحقاق بالارث فيجب بقدر الميراث
ولهذا قال اصحابنا انه من اوصى لورثة فلان وله بنون
وبنات فالوصيه بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ولو اوصى لولد
فلان كان الذكر والانثى فيه سوا فدل به بيان ما ذكرناه
وبيان هذا الاصل اذا كان له ابن وابن ابن فالنفقه على
الابن لانه اقرب ولو كان الابن معسرا وابن الابن موسرا فالنفقه
على الابن ايضا اذا لم يكن زمنا لانه الاقرب ولا سبيل الى ايجاب
النفقه على الابعد مع قيام الاقرب الا ان القاضي يامر ابن الابن

بان يودي عنه على ان يرجع عليه اذا ايسر الابعد نايبا عن الاقرب في الادا
ولو ادي بغير امر القاضي لم يرجع ولو كان له اب وجد فالنفقة على
الاب لا على الجد لان الاب اقرب ولو كان الاب معسرا والجد موسرا
فنفقته على الاب ايضا اذا لم يكن زمنا لكن يومر الجد بان ينفق
ثم يرجع على الاب اذا ايسر وكذا اذا كان له اب وابن ابن فالنفقة
على الاب لانه اقرب الا انه اذا كان الاب معسرا غير زمن وابن
الابن موسرا فانه يودي عن الاب بامر القاضي ثم يرجع عليه اذا
ايسر ولو كان له اب وابن ابن فنفقته على الابن لا على الاب وان
استويا في القرب والوراثة وترجح الابن بالايجاب عليه لكونه
كسب الاب فيكون له حقا في كسبه وكون ماله مضافا اليه
شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم انت ومالك لابيك ولا يشارك
الولد في نفقة والده احد لما قلنا وكذا في نفقة والدته لعدم
المشاركة في السبب وهو الولاده والاختصاص بالسبب يوجب
الاختصاص بالحكم وكذا لا يشارك الانسان احد في نفقة
جده وجدته عند عدم الاب والام لان الجد يقوم مقام الاب
عند عدمه والجدة تقوم مقام الام عند عدمها ولو كان له
ابنان فنفقته عليهما على السواء وكذا اذا كان له ابن وبنت
ولا يفضل الذكر على الانثى في النفقة لاستوائهما في سبب
الوجوب وهو الولاد ولو كان له بنت واخت فالنفقة على
البنت لان الولاد لها وهذا يدل على ان النفقة لا تعتبر
بالميراث لان الاخت ترث مع البنت ولا نفقة عليها مع البنت
ولا يجب على الابن نفقة منكوحة ابيه لانها اجنبية عنه الا
ان يكون الاب محتاجا الى من يخدمه فحينئذ يجب عليه نفقة
امراته لانه يومر بخدمة الاب بنفسه او بالاجير ولو كان
للصغير ابوان فنفقته على الاب لا على الام بالاجماع وان
استويا في القرب والولاد ولا يشارك الاب في نفقة ولده
احد لان الله تعالى خص الاب بتسميته بكونه مولودا له واضاف
الاسم الولد اليه بلام التمليك وخصه بايجاب نفقة الولد
الصغير عليه بقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن اي رزق
الوالدات المرضعات سمى الام والدة والاب
مولودا له وقال تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن
خص الاب بايتاء اجر الرضاع بعد الطلاق وكذا اوجب في الابتداء
كل نفقة الرضاع على الاب لولده الصغير ولبس وراء الكل بنبغي

ولا

ولا يقال ان الله تعالى قال وعلى المولود له رزقهن ثم قال وعلى الوارث
مثل ذلك والام وارثة فيقتضي ان تشارك الاب في النفقة كساير
الورثة من ذوي الرحم المحرم وكمن قال اوصيت لفلان من مالي
الف درهم واوصيت لفلان مثل ذلك ولم يخرج الوصيتان
من الثلث انهما يشتركان فيه كذا هذا لانا نقول لما جعل الله
تعالى كل النفقة على الاب بقوله وعلى المولود له رزقهن تعذر
ايجابها على الام حال قيام الاب فيحمل على حال عدمه ليكون
عملا بالنص من كل وجه في حالين ولم يوجد مثل هذا في ساير
ذوي الرحم المحرم وفي باب الوصية لا يمكن العمل بكل واحد
من الوصيتين في حالين وقد ضاق المحل عن قبولها في حال واحد
فلزم القول بالشركة ضرورة ولو كان الاب معسرا غير عاجز
عن الكسب والام موسرة فالنفقة على الاب لكن يومر الام
بالنفقة ثم ترجع بها على الاب اذا ايسر لانها تصير دينا في
ذمته اذا انفقت بامر القاضي ولو كان للصغير اب وام ام
فالنفقة على الاب والحضانة على الجدة لان الام لما لم تشارك
الاب في ولدها نفقة ولده الصغير مع قربها فالجدة مع بعدها
اولى هذا اذا كان الولد صغيرا فقيرا وله ابوان موسران
فاما اذا كان كبيرا وهو ذكر فقير عاجز عن الكسب فقد
ذكر في كتاب النكاح ان نفقته ايضا على الاب خاصة وذكر
الخصاف انها على الاب والام اثلاثا ثلثاها على الاب
وثلثها على الام **وجه ما ذكره الخصاف** ان الاب انما يختص
بايجاب النفقة عليه لابنه الصغير لاختصاصه بالولاية وقد
زالت ولايته بالبلوغ فيزول الاختصاص فيجب عليهما
على قدر ميراثهما **وجه رواية كتاب النكاح** ان تخصيص الاب
بالايجاب حال الصغر لتخصيصه بتسميته بكونه مولودا
له وهذا ثابت بعد الكبر فيختص بنفقته كالصغير واعتبار
الولاية والارث في هذه النفقة غير سديد لانها تجب عند
اختلاف الدين ولا ولاية ولا ارث عند اختلاف الدين
ولا يشارك الجد احد في نفقة ولد ولده عند عدم ولده
لانه يقوم مقامه وكذا عند عدمه ولا يشارك الزوج في
نفقة زوجته احد لانه لا يشاركه احد في سبب وجوبها وهو
الحبس الثابت بالنكاح حتى لو كان لها زوج معسر وابن موسر
من غير هذا الزوج او اب موسر او اخ موسر فنفقتها على الزوج

لا على الاب والابن والاخ لكن يؤمر الاب او الابن او الاخ بان ينفق عليها
ثم يرجع على الزوج اذا ايسر ولو كان له جد وابن ابن فالنفقة عليهما
على قدر ميراثهما لانهما استويا في القرابة والوراثة ولا ترجيح لاحد
على الاخر من وجه اخر وكانت النفقة عليهما على قدر الميراث اسدس
على الجد والباقي على ابن الابن كالميراث ولو كان له ام وجد كانت
النفقة عليهما اثلاثا الثلث على الام والثلثان على الجد على قدر
ميراثهما وكذلك اذا كان له ام واخ لاب وام او ابن اخ لاب ه
وام او لاب او عم لاب وام او لاب كانت النفقة عليهم اثلاثا ثلثها
على الام والثلثان على الاخ وابن الاخ والعم وكذلك اذا كان
له اخ لاب وام واخت لاب وام كانت النفقة عليهما اثلاثا
على قدر ميراثهما ولو كان له اخ لاب وام واخ لام فالنفقة
عليهما تكون اسداسا سدسها على الاخ لام وخمسة اسداسها
على الاخ لاب وام ولو كان له جد وجدة كانت النفقة عليهما ه
اسداسا على قدر الميراث ولو كان له عم وعمة فالنفقة على العم
لانهما استويا في القرابة المحرمة للقطع والعم هو الوارث
فترجح بكونه وارثا وكذلك لو كان له عم وخال لما قلنا ولو كان
له عمة وخالة او خال فالنفقة عليهما اثلاثا ثلثاها على العمة
والثلث على الخال او الخالة ولو كان له خال وابن عم فان النفقة
على الخال لا على ابن العم لانهما استويا في سبب الوجوب وهو
الرحم المحرم للقطع اذ الخال هو ذو الرحم المحرم واستحقاق
الميراث للترجيح والترجيح يكون بعد الاستوا في ركن العلة
ولم يوجد ولو كان له عمة وخالة وابن عم فعلى الخالة الثلث
وعلى العمة الثلثان لاستوائهما في سبب استحقاق الارث
فتكون النفقة بينهما على قدر الميراث ولا شي على ابن العم ه
لانعدام سبب الاستحقاق في حقه وهو القرابة المحرمة للقطع
ولو كان له ثلاث اخوات متفرقات وابن عم فالنفقة على ه
الاخوات على خمسة اسهم ثلاثة اسهم على الاخت لاب وام وسهم
على الاخت لاب وسهم على الاخت لام على قدر الميراث ولا يعتبر
بابن العم في النفقة لانعدام سبب الاستحقاق في حقه فيلحق ه
بالعدم كانه ليس له الا الاخوات وميراثه لهن على خمسة اسهم
كذا النفقة عليهن ولو كان له ثلاث اخوة متفرقين فالنفقة
على الاخ لاب وام وعلى الاخ لام على قدر الميراث اسداس
لان الاخ لاب لا يرث معهما فيلحق بالعدم ولو كان له عم وعمة

وخاله

وخاله وبن عم فعلى الخالة الثلث وعلى العمة الثلثان لاستوائهما في سبب استحقاق
الارث فتكون النفقة بينهما على قدر الميراث ولا شي على بن العم لانعدام سبب
الاستحقاق في حقه وهو القرابة المحرمة للقطع ولو كان له ثلاث اخوات متفرقات
وبن عم فالنفقة على الاخوات على خمسة اسهم ثلاثة اسهم على الاخت لاب ه
وام وسهم على الاخت لاب وام وسهم على الاخت لاب وسهم على الاخت لام
على قدر الميراث ولا يعتبر بابن العم في النفقة لانعدام سبب الاستحقاق
في حقه فيلحق بالعدم كانه ليس له الا الاخوات وميراثه لهن على خمسة ه
اسهم كذا النفقة عليهن ولو كان له ثلاث اخوة متفرقين فالنفقة على الاخ
لاب وام وعلى الاخ لام على قدر الميراث اسداس لان الاخ لا
لاب لا يرث معهما فيلحق بالعدم ولو كان له عم وعمة وخالة فالنفقة
على العم لان العم ساواهما في سبب الاستحقاق وهو الرحم المحرم
وفضلهما بكونه وارثا اذ الميراث له لا لهما فكانت النفقة عليه
لا عليهما وان كان العم معسرا فالنفقة عليهما لانه يجعل كالميت
والاصل في هذا ان كل من كان يحوز جميع الميراث وهو معسر يجعل ه
كالميت واذا جعل كالميت كانت النفقة على الباقين على قدر مواريثهم ه
وكل من كان يحوز بعض الميراث لا يجعل كالميت فكانت النفقة على قدر
مواريث من يرث معه **بيان هذا الاصل** رجل معسر عاجز عن الكسب
وله ابن معسر عاجز عن الكسب او هو صغير وله ثلاث اخوة متفرقين
فنفقة الاب على اخيه لابيه لامه وعلى اخيه لامه اسداسا سدس
النفقة على الاخ لام وخمسة اسداسها على الاخ لاب وام ونفقة
الولد على الاخ لاب وام خاصة لان الابن يحوز جميع الميراث ه
فيجعل كالميت فيجعل فيكون نفقة الاب على الاخوين على قدر ميراثهما
منه وميراثهما من الاب هذا فاما الابن فوارثه العم لاب وام لا العم
لاب ولا العم لام فكانت نفقته على عمه لاب وام ولو كان للرجل ثلاث
اخوات متفرقات كانت نفقته عليهن اسداسا ثلاثة اخماسا ثلاثة
اخماسها على الاخت لاب وام وخمس على الاخت لاب وخمس على الاخت ه
لام على قدر مواريثهن ونفقة الابن على عمته لاب وام لانها هي الوارث
منه لا غير ولو كان مكان الابن بنت والمسئلة بحالها فنفقة الاب
في الاخوة المتفرقين على اخيه لابيه وامه وفي الاخوات المتفرقات
على اخته لابيه وامه لان البنت لا تحوز جميع الميراث فلا حاجة الى ان
تجعل كالميتة وكان الوارث معها الاخ لاب وام لا غير والاخت لاب
وام لا غير لان الاخ والاخت لام لا يرثان مع الولد والاخ لاب
لا يرث مع الاخ لاب وام والاخت لاب لا يرث مع البنت والاخت

لاب وام لان الاخوات مع البنات عصبة وفي العصبات يقدم الاقرب فالاقرب فكانت النفقة عليهما وكذلك نفقة البنت على العم لاب وام او على العمة لاب وام لانهما وارثاها بخلاف الفصل الاول لان هناك لايمكن ايجاب النفقة على الاخوة والاخوات الا بجعل الابن كالميت لانه يحوز جميع الميراث فمست الحاجة الى ان يجعل ميتا حكما ولو كان الابن ميتا كان ميراث الاب للاخ لاب وام وللاخ لام اسداسا وللاخوات اخماسا فكذا النفقة وعلى هذا الاصل مسايل **فصل واما** وجوب هذه النفقة فانواع **بعضها** يرجع الى المنفق عليه خاصة وبعضها يرجع الى المنفق خاصة وبعضها يرجع الى غيرهما **اما الذي** يرجع الى المنفق عليه خاصة فانواع ثلاثة **احدها** اعساره فلا يجب لموسر على غيره نفقة في قرابة الولاد وغيرها من الرحم المحرم لان وجوبها معلول بحاجة المنفق عليه فلا يجب لغير المحتاج ولانه اذا كان غنيا لايكون هو بايجاب النفقة له على غيره اولى من الايجاب لغيره عليه فيقع التعارض فيمتنع الوجوب بل اذا كان مستغنيا بماله كان ايجاب نفقته في ماله اولى من ايجابها في مال غيره بخلاف نفقة الزوجات انها تجب للزوجة الموسرة لان وجوب تلك النفقة لا تتبع الحاجة بل لها شبه بالاعواض فيستوي فيها المعسرة والموسرة كثمن المبيع والمهر واختلف في حد المعسر الذي يستحق النفقة قيل هو الذي يحل له الصدقة ولا يجب عليه الزكاة وقيل هو المحتاج ولو كان له منزل وخادم هل يستحق النفقة على قريبه الموسر فيه اختلاف الرواية في رواية لا يستحق حتى لو كان اختا لا يؤمر الاخ بالانفاق وكذا اذا كان بنتا او اما وفي رواية يستحق **وجه الرواية الاولى** ان النفقة لا تجب لغير المحتاج وهولاء غير محتاجين لانه يمكن الاكتفاء بالادنى بان يبيع بعض المنزل او كله ويكتري منزلا فيسكن بالكراء او بالمنزل المشترك وهذا هو الصواب ان لا يومر احد يبيع الدار بل يؤمر القريب بالانفاق عليه الا ترى انه تحل الصدقة لهولاء ولا يؤمرون ببيع المنزل ثم الولد الصغير اذا كان له مال حتى كانت نفقته في ماله لا على الاب وان كان الاب موسرا فان كان المال حاضرا في يد الاب انفق منه عليه وينبغي ان يشهد على ذلك اذ لو لم يشهد فمن الجائز ان ينكر الصبي اذا بلغ فيقول للاب انك انفقت من مال نفسك لا من مالي فيصدقه القاضي لان الظاهر ان الرجل الموسر ينفق من مال نفسه ليرجع به في مال ولده فلا يمكنه الرجوع لما ذكرنا ان الظاهر ان الانسان يتبرع بالانفاق من مال نفسه على ولده فاذا امره القاضي بالانفاق من ماله ليرجع

او اشهد على انه ينفق ليرجع فقد بطل الظاهر وتبين انه ما انفق من ماله على طريق القرض وهو يملك اقراض ماله من الصبي فيمكنه الرجوع وهذا في القضاء فاما فيما بينه وبين الله تعالى فيسعه ان يرجع من غير امر القاضي والاشهاد بعد ان نوى بقلبه انه ينفق ليرجع لانه اذا نوى صار ذلك دينا على الصغير وهو يملك اثبات الدين عليه لانه يملك اقراض ماله منه والله تعالى عالم بنيته فجاز له الرجوع فيما بينه وبين الله تعالى **والثاني** عجزه عن الكسب بان كان به زمانة او قعد او فلج او عمى او جنون او كان مقطوع اليدين او اشلهما او مقطوع الرجلين او مفقود العينين او غير ذلك من العوارض التي تمنع الانسان من الاكتساب حتى لو كان صحيحا مكتسبا لا يقضى له بالنفقة على غيره وان كان معسرا الا الاب خاصة والجد عند عدمه فانه يقضى بنفقة الاب وان كان قادرا على الكسب بعد ان كان فقيرا على ولده الموسر وكذا نفقة الجد على ولد ولده اذا كان موسرا وانما كان كذلك لان المنفق عليه اذا كان قادرا على الكسب كان مستغنيا بكسبه فكان غناه بكسبه كغناه بماله فلا تجب نفقته على غيره الا الوالد لان الشرع نهى الولد عن الحاق ادنى الاذى بالوالدين وهو التافيف بقوله تعالى ولا تقل لهما اف وضعف الاذى في الزام الاب الكسب مع غنا الولد اكثر فكان اولى بالنهي ولم يوجد ذلك في الابن ولهذا لا يحبس الرجل بدين ابنه ويحبس بدين ابيه ولان الشرع اضاف مال الابن الى الاب بلام الملك فكان ماله كماله وهذا هو كسب كسبه فكان ككسبه فكانت نفقته فيه **والثالث** الطلب والخصومة بين يدي القاضي في احد نوعي النفقة وهو نفقة غير الولاد فلا يجب بدونه لانها لا تجب بدون قضاء القاضي والقضاء لا بد له من الطلب والخصومة **واما** الذي يرجع الى المنفق خاصة فيساره في قرابة غير الولاد من الرحم المحرم فلا يجب على غير الموسر في هذه القرابة نفقة وان كان قادرا على الكسب لان وجوبها من طريق الصلة والصلات تجب على الاغنياء لا على الفقراء واذا كان يسار المنفق شرط وجوب النفقة عليه في قرابة ذوي الارحام فلا بد من معرفة حد اليسار الذي يتعلق به وجوب هذه النفقة **وروي** عن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه اعتبر فيه نصاب الزكاة فان ابن سماعة قال في نوادره سمعنا ابا يوسف قال لا اجبر على نفقة ذي الرحم المحرم من لم يكن معه

ما تجب فيه الزكاة ولو كان معه مائتا درهم الا درهما وليس له عيال وله اخت محتاجة لم اجبره على نفقتها وان كان يعمل بيده ويكسب في الشهر خمسين درهما **وروي** هشام عن محمد رحمهما الله انه قال اذا كان له نفقة شهر وعنده فضل عن نفقة شهر له ولعياله اجبره على نفقة ذي الرحم المحرم قال محمد رحمه الله واما من لا شيء له وهو يكتسب كل يوم درهما يكتفي منه باربع دوانيق فانه يدفع لنفسه ولعياله ما يتسع به وينفق فضله على من يجبر على نفقته **وجه رواية هشام عن محمد** رحمهما الله ان من كان عنده كفاية شهر فما زاد عليها وهو غني عنه في الحال والشهر يتسع للاكتساب فكان عليه صرف الزيادة الى اقاربه **وجه قول ابي يوسف** ان نفقة ذي الرحم صلة والصلات انما تجب على الاغنياء كالصدقة وحد الغنا في الشرع ما تجب فيه الزكاة وما قال محمد رحمه الله اوفق وهو انه اذا كان له كسب دائم وهو غير محتاج الى جميعه فما زاد على كفايته يجب صرفه الى اقاربه كفضل ماله اذا كان له مال ولا يعتبر النصاب لان النصاب انما يعتبر في حقوق الله تعالى المالية والنفقة حق العبد فلا معنى لاعتبار النصاب فيها وانما يعتبر فيها امكان الادا ولو طلب الفقير العاجز عن الكسب من ذي الرحم المحرم منه نفقة فقال انا فقير وادعى هو انه غني فالقول قول المطلوب لان الاصل هو الفقر والغنى عارض فكان الظاهر شاهدا له محمد رحمه الله يحتاج الى الفرق بينه وبين نفقة الزوجات **والفرق** له ان الاقدام على النكاح دليل القدرة فبطلت شهادة الظاهر **واما** في قرابة الولاد فينظر ان كان المنفق هو الاب فلا يشترط يساره لوجوب النفقة عليه بل قدرته على الكسب كافية حتى تجب عليه نفقة اولاده الصغار والكبار الذكور والزمنى والفقراء والاناث الفقيرات وان كن صحيحات وان كان معسرا بعد ان كان قادرا على الكسب لان الانفاق عليهم عند حاجتهم وعجزهم عن الكسب احياؤهم واحياؤهم احيا نفسه لقيام الجزوية والبعضية واحيا نفسه واجب ولو كان له جد موسر لم يفرض النفقة على الجد ولكن يؤمر الجد بالانفاق عليهم ثم يرجع به على ابنه لان النفقة لا تجب على الجد مع وجود الاب اذا كان الاب قادرا على الكسب الا ترى انه لا تجب عليه نفقة ابنه فنفقة اولاده اولى وان لم يكن للاب قادرا على الكسب بان كان زمنا قضي بنفقتهم على الجد لان عليه نفقة ابيهم فكذا نفقتهم **وروي** عن ابي يوسف

رحمه الله

رحمه الله انه قال في صغير له والد محتاج وهو زمن فرضت نفقته على قرابته من قبل ابيه دون قرابته من قبل امه كل من اجبرته على نفقة الاب اجبرته على نفقة الغلام اذا كان الاب زمنا لان الاب اذا كان زمنا كانت نفقته على قرابته فكذا نفقة ولده لانه جزوه قال فان لم يكن له قرابة من قبل ابيه قضيت بالنفقة على ابيه وامرت الخال ان ينفق عليه ويكون ذلك دينا على الاب **ووجه الفرق** بين قرابة الاب ان قرابة الاب تجب عليهم نفقة الاب اذا كان زمنا فكذا نفقة ولده الصغير فاما قرابة الام فلا تجب عليهم نفقة الاب ولا نفقة الولد لان الاب لا يشاركه احد في نفقة ولده وان كان المنفق هو الابن وهو معسر مكتسب ينظر في كسبه فان كان فيه فضل عن قوته يجبر على الانفاق على الاب من الفضل لانه قادر على احيائه من غير خلل يرجع عليه وان كان لا يفضل من كسبه شيء يؤمر فيما بينه وبين الله تعالى ان يواسي اباه اذ لا يحسن ان يترك اباه ضائعا جائعا يتكفف الناس وله كسب وهل يجبر على ان ينفق عليه ويفرض عليه النفقة اذا طلب الاب الفرض او يدخل عليه في النفقة اذا طلب ذلك **قال** عامة العلما انه لا يجبر على ذلك **وقال** بعضهم يجبر عليه **واحتجوا** بما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال لو اصابت الناس السنة لادخلت على اهل كل بيت مثلهم فان الناس لن يهلكوا على انصاف بطونهم **وقال** النبي صلى الله عليه وسلم طعام الواحد يكفي الاثنين **وجه قول العامة** ان الجبر على الانفاق والاشراك في نفقة الولد المعسر يؤدي الى العجز عن الكسب لان الكسب لا يقوم الا بكمال القوة وكمال القوة بكمال الغذا فلو جعلناه نصفين لم يقدر على الكسب وفيه خوف هلاكهما جميعا وذكر في الكتاب ارايت لو كان الابن ياكل من طعام رجل غني يعطيه كل يوم رغيفا او رغيفين ايومر الابن ان يعطي احدهما اباه هذا لا يؤمر به ولو قال الاب للقاضي ان ابني هذا يقدر على ان يكتسب ما يفضل عن كسبه مما ينفق علي لكنه يدع الكسب عمدا يقصد بذلك عقوقي ينظر القاضي في ذلك فان كان الاب صادقا في مقالته امر الابن بان يكتسب فينفق على ابيه وان لم يكن صادقا بل علم انه غير قادر على اكتساب زيادة تركه هذا اذا كان الولد واحدا فان كان له اولاد صغار وزوجة ولا يفضل من كسبه شيء ينفق على ابيه فطلب الاب من القاضي ان يدخله في النفقة على عياله يدخله القاضي ههنا لان ادخال الواحد على الجماعة

لا يحل بطعامهم حللا بينا بخلاف ادخال الواحد على الواحد هذا اذا لم يكن
الاب عاجزا عن الكسب فاما اذا كان عاجزا عنه بان كان زمنا يشارك
الابن في قوته ويدخل عليه فياكل معه وان لم يكن له عيال لانه ليس في
المشاركة خوف الهلاك وفي ترك المشاركة خوف هلاك الاب فيجب
المشاركة خوف الهلاك وكذلك الام اذا كانت فقيرة تدخل مع ابنها
فتاكل معه لكن لا يفرض لهما عليه نفقة على حدة والله اعلم

واما الذي يرجع اليهما جميعا **فنوعان** احدهما اتحاد الدين في غير
قرابة الولاد من الرحم المحرم فلا تجري النفقة بين المسلم والكافر
في هذه القرابة **فاما** في قرابة الولاد فاتحاد الدين فيها ليس بشرط
فيجب على المسلم نفقة اباءه وامهاته من اهل الذمة ويجب على
الذمي نفقة اولاده الصغار الذين اعطي لهم حكم الاسلام باسلام
امهم ونفقة اولاده الكبار المسلمين الذين هم من اهل استحقاق النفقة
على ما ذكرنا **ووجه الفرق** من وجهين احدهما ان وجوب هذه
النفقة على طريق الصلة ولا تجب صلة غير الوالدين عند اختلاف
الدين وتجب صلة رحم الوالدين مع اختلاف الدين بدليل انه يجوز
للمسلم ان يبتدى بقتل اخيه الحربي ولا يجوز له ان يبتدي
بقتل ابيه الحربي **وقد قال الله تعالى** في الوالدين الكافرين
وصاحبهما في الدنيا معروفا ولم يرد مثله في غير الوالدين
والثاني ان وجوب النفقة في قرابة الولاد بحق الولادة لما ذكرنا
ان الولادة توجب الجزوية والبعضية بين الوالد والولد وذا
لا يختلف باختلاف الدين فلا يختلف الحكم المتعلق به والوجوب
في غيرها من الرحم المحرم بحق الوراثة ولا وراثة عند اختلاف
الدين فلا نفقة ولو كان للمسلم ابنان احدهما ذمي والاخر مسلم
فنفقته عليهما على السوا لما ذكرنا ان نفقة الولاد لا تختلف
باختلاف الدين **و**الثاني اتحاد الدار في غير قرابة الولاد
من الرحم المحرم فلا تجري النفقة بين الذمي الذي في دار الاسلام
وبين الحربي في دار الحرب لاختلاف الدارين ولا بين الذمي
والحربي المستامن في دار الاسلام لان الحربي وان كان مستامنا
في دار الاسلام فهو من اهل دار الحرب وانما دخل دار الاسلام
لحوائج يقضيها ثم يعود **الا ترى** ان الامام يمكنه من الرجوع
الى دار الحرب ولا يمكنه من اطالة الاقامة في دار الاسلام فاختلفت
الداران وكذا لا نفقة بين المسلم الموطن في دار الاسلام وبين
الحربي الذي اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا لاختلاف الدارين وهذا

ليس

ليس يشترط في الولاد **والفرق** من وجهين **احدهما** ان وجوب هذه النفقة
بطريق الصلة ولا تجب هذه الصلة عند اختلاف الدارين وتجب في الولاد
والثاني ان الوجوب ههنا بحق الوراثة ولا وراثة عند اختلاف
الدارين والوجوب هناك بحق الولاد وانه لا يختلف **واما** الذي يرجع
الى غيرهما فقضاء القاضي في احد نوعي النفقة وهي نفقة غير الولاد
من الرحم المحرم فلا تجب هذه النفقة من غير قضاء القاضي ولا يشترط
ذلك في نفقة الولاد حتى تجب من غير قضاء كما تجب نفقة الزوجات
ووجه الفرق ان نفقة الولاد تجب بطريق الاحيا لما فيها
من دفع الهلاك لتحقق معنى الجزوية والبعضية بين المنفق
والمنفق عليه ويجب على الانسان احيا نفسه بدفع الهلاك
عن نفسه لا يقف وجوبه على قضاء القاضي فاما نفقة سائر
ذي الرحم المحرم فليس وجوبها من طريق الاحيا لانعدام
معنى الجزوية وانما تجب صلة محضة فجاز ان يقف وجوبها على
قضاء القاضي وبخلاف نفقة الزوجات لان لها شبها بالاعواض
فمن حيث هي صلة لم تجب دينا من غير قضاء ورضا ومن حيث هي
عوض تجب من غير قضاء عملا بالشبهين **وعلى هذا** يخرج ما اذا
كان الرجل غائبا وله مال حاضر ان القاضي لا يامر احدا بالنفقة
من ماله الا الابوين الفقيرين واولاده الصغار الفقراء الذكور
والاناث والكبار الذكور الفقراء العجزة عن الكسب والاناث
الفقيرات والزوجة لانه لا حق في احد الا لهولاء **الا ترى** انه
ليس لغيرهم ان يمد يده الى ماله فياخذه وان كان فقيرا محتاجا
ولهم ذلك فكان الامر من القاضي بالانفاق من ماله لغيرهم قضاء
على الغائب من غير خصم حاضر ولا يكون لهم قضاء بل يكون اعانة ثم
ان كان المال حاضرا عند هولاء وكان النسب معروفا او علم القاضي
بذلك امرهم بالنفقة منه لان نفقتهم واجبة من غير قضاء القاضي
فكان الامر من القاضي بالانفاق اعانة لا قضاء وان لم يعلم
بالنسب فطلب بعضهم ان يثبت ذلك عند القاضي بالبينة لا تسمع
منه البينة لانه يكون قضاء على الغائب من غير ان يكون عنه خصم
حاضر وكذلك ان كان ماله وديعة عند انسان وهو مقر بها
امرهم القاضي بالانفاق منها وكذا اذا كان له دين على انسان وهو
مقر به لما قلنا ولو دفع صاحب اليد والمديون اليهم بغير اذن
القاضي يضمن واذا دفع باذنه لا يضمن واستوثق القاضي منهم
كفيلا ان شا وكذا لا يامر الجد وولد الولد حال وجود الاب

والولد لانها حال وجودهما بمنزلة ذوي الارحام وبامرهما حال عدمهما
لان الجد يقوم مقام الاب حال عدمه وولد الولد يقوم مقام الولد
حال عدمه وان كان صاحب اليد او المديون ينكر فاراد وان يقيموا
البينه لم يلتفت القاضي الي ذلك لما ذكرنا فان انفق الاب من مال
ابنه ثم حضر الابن فقال للاب موسرا وقال الاب كنت معسرا
ينظر الي حال الاب وقت الخصومه فان كان معسرا فالقول
قوله وان كان موسرا فالقول قول الابن لان الظاهر استمرار اليسار
والاعسار والتغير خلاف الظاهر فحكم الحال وصار هذا كالاجر مع
المستاجر اذا اختلفا في جريان الما وانقطاعه انه يحكم الحال لما قلنا
كذا هذا فان اقاما البينه فالبينه بينة الابن لانها تثبت امرا زايدا
وهو العنا **هذا اذا** كان المال من جنس النفقه من الدراهم
والدنانير والطعام والكسوه فان كان من غير جنسها فالقاضي
لا يبيع على الغايب العقار لاجل النفقه بالاتفاق وكذا الاب
الا اذا كان الولد الصغير صغيرا فيبيع العقار **واما العروض**
فهل يبيعها القاضي فالامر فيه على ما ذكرنا من الاتفاق والاختلاف
وهل يبيعها الاب قال ابو حنيفه رحمه الله يبيع مقدار ما يحتاج
اليه لا الزياده على ذلك وهو استحسان وقال ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله لا يبيع ولا خلاف ان الام لا تبيع مال ولدها الصغير
والكبير وكذا الاولاد لا يبيعون من مال الابوين **وجه قولهما**
وهو القياس انه لا ولاية للاب على الولد الكبير فكان هو وغيره
من الاقارب سوا ولهذا لا يبيع العقار وكذا العروض
وجه قول ابي حنيفه ان في بيع العروض نظرا للولد الغايب
لان العروض مما يخاف عليها الهلاك فكان بيعها من باب الحفظ
والاب يملك النظر لولده بحفظ ماله وغير ذلك بخلاف العقار
فانه محفوظ بنفسه فلا حاجة الي حفظه بالبيع فبقي بيعه تصرفا
على الولد الكبير فلا يملكه ولان الشرع اضاف مال الولد الي
الوالد وسماه كسبا له فلئن لم يظهر ذلك في حقيقة الملك
فلا اقل من ان يظهر في ولاية بيع عرضه عند الحاجه **فصل**
واما بيان كيفيه وجوبها **فهذه** النفقه لا تجب على وجه لا تصير
دينا في الذمة اصلا سوا فرضها القاضي او لا بخلاف نفقة الزوجات
فانها تصير دينا في الذمه بفرض القاضي او بالتراضي حتى لو فرض
القاضي للقريب نفقة شهر فمضي الشهر ولم ياخذ ليس له ان يطالبه بها
بل تسقط وفي نفقة الزوجات للمراه ولاية المطالبه بما مضي من النفقه

في مدة الفرض وقد ذكرنا **وجه الفرق بينهما** في نفقة الزوجات
فيقع الفرق بين النفقتين في اشيا **منها** ما وصفناه انفا ان نفقة
المراه تصير دينا بالقضا او الرضا ونفقة الاقارب لا تصير دينا
اصلا وراسا **ومنها** ان نفقة الاقارب او كسوتهم لا تجب لغير
المعسر ونفقة الزوجات او كسوتهن تجب للمعسره والموسره **ومنها**
ان نفقة الاقارب او كسوتهم اذا هلكت قبل مضي الفرض تجب
نفقة اخري وكسوة اخري وفي نفقة الزوجات لا تجب **ومنها** ان نفقة
الاقارب او كسوتهم اذا ابقيت بعد مضي المده لا تجب اخري وفي
نفقة الزوجات تجب وقد مر الفرق بين هذه الجمله في فصل نفقة
الزوجات **ومنها** انه اذا عجل نفقة مدة الاقارب ثم مات
المنفق عليه قبل تمام المده لا يسترد شيا منها بلا خلاف وفي نفقة
الزوجات خلاف محمد رحمه الله ويحبس في نفقة الاقارب كما يحبس
في نفقة الزوجات اما غير الاب فلا شك فيه واما الاب فيحبس
في نفقة الولد ايضا ولا يحبس في ساير ديونه لان ايذا الاب
حرام في الاصل وفي الحبس ايذاوه الا ان في النفقه ضروره
وهي ضرورة دفع الهلاك عن الولد اذ لو لم ينفق عليه لهلك
فكان هو بالامتناع من الانفاق عليه كالقاصد اهلاكه
فدفع قصده بالحبس ويحمل هذا القدر من الاذي لهذه الضروره
وهذا المعني لم يوجد في ساير الديون ولان ههنا ضروره
اخري وهي ضروره استدراك هذا الحق اعني النفقه لانها
تسقط بمضي الزمان فتقع الحاجه الي الاستدراك بالحبس
لان الحبس يحمله على الادا فيحصل الاستدراك ولو لم يحبس
يفوت حقه راسا فشرع الحبس في حقه لضرورة استدراك
الحق صيانة له عن الفوات وهذا المعني لا يوجد في ساير الديون
لانها لا تفوت بمضي الزمان فلا ضروره الي التدارك بالحبس
ولهذا قال اصحابنا ان الممتنع من النفقه يضرب ولا يحبس
بخلاف الممتنع من ساير الحقوق وكذلك اب الاب وان علا
لانه يقوم مقام الاب عند عدمه **فصل واما بيان**
المسقط لها بعد الوجوب والمسقط لها بعد الوجوب هو مضي الزمان
من غير قبض ولا استدانه حتي لو فرض القاضي نفقة شهر للقريب
فلم يقبض ولا استدان عليه حتي مضت المده سقطت النفقه
لما ذكرنا ان هذه النفقه تجب صلة محضه فلا يتاكد وجوبها الا
بالقبض او ما يقوم مقامه **فصل واما نفقة الرقيق**

فالكلام في هذا الفصل يقع في مواضع في بيان وجوب هذه النفقة وفي
بيان سبب وجوبها وفي بيان شرط الوجوب وفي بيان مقدار الواجب
وفي بيان كيفية الوجوب اما الاول فوجوبها ثابت بالكتاب والسنة
والاجماع والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى وما ملكت ايمانكم ٥
معطوفا على قوله وبالوالدين احسانا فكان واجبا ويحتمل ان يكون ٥
الامر بالاحسان الى المماليك امرا بتوسيع النفقة عليهم لان المرء
لا يترك اصل النفقة على مملوكه اشفاقا على ملكه وقد يقتر فلكف
في الانفاق عليه لكونه مقهورا في يده فامر الله تعالى السادات
بتوسيع النفقة على مماليكهم شكرا لما انعم عليهم حيث جعل من جوهرهم
وامثالهم في الخلقة خدما وخولا اذلا تحت ايديهم يستخدمونهم
ويستعملونهم في حوائجهم واما السنه فما روي ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم كان يوصي بالمملوك خيرا ويقول اطعموهم مما تاكلون
واكسوهم مما تلبسون ولا تكلفوهم ما لا يطيقون فان الله تعالى
يقول لا يكلف الله نفسا الا وسعها وعن انس رضي الله عنه انه
قال كان اخر وصية رسول الله صلى الله عليه وسلم حين حضرته
الوفاة الصلاة وما ملكت ايمانكم وجعل صلى الله عليه وسلم ٥
يغرغرها في صدره وما يفيض بها لسانه وعليه اجماع الامة
ان نفقة المملوك واجبه واما المعقول فهو انه عبد مملوك
لا يقدر على شي فلو لم تجعل نفقته على مولاه لهلك فصل
واما سبب وجوبها فالملك لانه يوجب الاختصاص بالمملوك انتفاعا
وتصرفا وهو نفس الملك فاذا كانت منفعته للمالك مؤنته عليه ٥
اذ الخراج بالضمان وعلى هذا يبنى انه لا يجب على العبد نفقة ولده
لعدم الملك لان امه ان كانت حرة فهو حر وان كانت امة فهو ملك ٥
مولاها فكانت نفقته على المولى ولان العبد لا مال له بل هو وما
في يده لمولاه والمولى اجنبي عن هذا الولد فكيف تجب النفقة ٥
في ملك مال الغير لملك الغير وكذا لا تجب على الحر نفقة ولده
المملوك بان تزوج حرامة غيره فولدت ولدا لانه ملك غيره
فلا تجب عليه نفقة مملوك غيره ولو اعتق عبده بطلت نفقته ٥
لبطلان سبب الوجوب وهو الملك ثم ان كان بالغا صحيحا فنفقته
في كسبه وان كان صغيرا او زمنا قالوا ان نفقته في بيت المال
لانه واحد من المسلمين حرعاجز لا يعرف له غني قريب وبيت ٥
المال مال المسلمين فكانت نفقته فيه وكذا اللقيط اذا لم يكن معه
مال فنفقته في بيت المال لما قلنا وقالوا في الصغير في يد رجل

قال

قال لرجل هذا عبدك او دعتنيه فجحد قال محمد رحمه الله استحلفه
بالله ما اودعته فان حلف قضيت بنفقته على الذي هو في يده لانه
اقر برقه ثم اقر به لغيره وقد رد الغير اقراره فبقي في يده واليد
دليل الملك فيلزمه نفقته قال محمد رحمه الله استحلفه بالله ولو كان
كبيرا لم استحلف المدعا عليه لانه اذا كان كبيرا كان في يد نفسه ٥
فكان دعواه هدرا فيقف الامر على دعوى الكبير فكل من ادعى عليه
انه عبده وصدقه فعليه نفقته ولو كان العبد بين شريكين ٥
فنفقته عليهما على قدر ملكيهما وكذلك لو كان في ايديهما كل واحد
منهما يدعي انه له ولا بينة لهما فنفقته عليهما وقالوا في الجاريه
المشتركه بين اثنين اتت بولد فادعاه الموليان ان نفقة هذا
الولد عليهما وعلى الولد اذا كبر نفقة كل واحد منهما لان كل واحد
منهما اب كامل في حقه فصل واما شرط وجوبها فهو ان يكون
الرقيق مملوك المنافع والمكاسب للمولى فان لم يكن فلا تجب عليه
نفقته فيجب على الانسان نفقة عبده القن والمدبر وام الولد
لان اكسابهم ملك المولى ولا تجب عليه نفقة مكاتبه لانه
غير مملوك المكاسب لمولاه الا ترى انه احق بكسبه من مولاه
فكان في مكاسبه كالحر فكانت نفقته في كسبه كالحر وكذا
معتق البعض لانه بمنزلة المكاتب عند ابي حنيفه رحمه الله
وعند بما حر عليه دين والعبد الموصى برقبته لانسان ٥
وبخدمته لاخر نفقته على صاحب الخدمه لا على صاحب
الرقبه لان منفعته لصاحب الخدمه ونفقة عبد الرهن
على الراهن لان ملك الذات والمنفعة له ونفقة عبد
الوديعة على المودع لما قلنا ونفقة عبد العاريه على المستعير
لان ملك المنفعه في زمان العاريه له اذ الاعاره تمليك
المنفعه ونفقة عبد الغصب قبل الرد على الغاصب لان
منافعه تحدث على ملكه على بعض طرق اصحابنا حتى لم تكن
مضمونة على الغاصب فكان نفقته عليه ولان رد المغصوب
على الغاصب ومؤنة الرد عليه لكونها من ضرورات الرد
والنفقه من ضرورات الرد لانه لا يمكنه الرد الا باستبقائه
ولا بقاء عادة الا بالنفقه فكانت النفقه من مؤنات الرد
لكونه من ضروراته فكانت على الغاصب فصل
واما مقدار الواجب منها فمقدار الكفايه لان وجوبها ٥
للكفايه فيتقدر بقدر الكفايه كنفقة الاقارب

فصل واما كيفيه وجوبها فانها تجب على وجه يجبر عليها عند الطلب
والخصومه في الجمله بيان ذلك ان المملوك اذا خاصم مولاه ٥
في النفقه عند القاضي فان القاضي يامره بالنفقة عليه فان ابي
ينظر القاضي فكل من يصلح للاجاره يواجره وينفق عليه من
اجرته او يبيعه ان كان محلا للبيع كالقن وراي البيع اصلح ولا
يجبره على الانفاق وان لم يصلح للاجاره بان كان صغيرا او
جارية ولا محلا للبيع كالمدبر وام الولد يجبره على الانفاق ٥
لانه لا يمكنه بيعه ولا اجارته وتركه جايعا تضييع للادمي
فيجبر المولى على الانفاق عليه والله اعلم واما نفقة البهايم ٥
فلا يجبر عليها في ظاهر الروايه ولكنه يفتي فيما بينه وبين الله
تعالى ان ينفق عليها في ظاهر الروايه. وروي عن ابي يوسف
رحمه الله انه يجبر عليها لان في تركه جايعًا تعذيب الحيوان
بلا فايده وتضييع المال ونهى الشارع عن ذلك كله ولانه سفه
لخلوه عن العاقبه الحميده والسفه حرام عقلا وجه ظاهر
الروايه ان الجبر على الحق يكون عند الطلب والخصومه من
صاحب الحق ولا خصم فلا يجبر ولكن يجب فيما بينه وبين الله ٥
الله تعالي لما قاله ابو يوسف واما نفقه الجمادات كالدور
والعقار فلا يجبر عليها لما قلنا ولا يفتي ايضا بالوجوب الا انه
اذا كان هناك تضييع المال يكره له ذلك والله الموفق للصواب

كتاب الحضانه

قال رحمه الله الكلام في هذا الباب يقع في مواضع في تفسير
الحضانه وفي بيان من له الحضانه وفي بيان مكان الحضانه ٥
اما الاول فالحضانة في اللغه تستعمل في موضعين
جعل الشي في ناحيه يقال حضنت الرجل عن الشي اي اعتزله
فجعله في ناحيه منه والثاني الضم الي الجنب يقال حضنته
واحتضنته اذا ضممته الي جنبك والحضن الجنب فحضانة ٥
الام ولدها هي ضمها اياه الي جنبها واعتزالها اياه عن ابيه
ليكون عندها فيقوم بحفظه وامساكه وغسل ثيابه ولا يجبر ٥
الام على ارضاعه الا ان لا يوجد من ترضعه فلا يجبر عليه ٥
وهذا قول عامة العلماء وقال مالك رحمه الله ان كانت شريفه لم
يجبر وان كانت دنيه يجبر والصحيح قول العامه لقوله تعالي لا تضار
والدة بولدها قيل في بعض وجوه التاويل اي لا تضار بالزام

الارضاع مع كراهتها وقوله تعالي في المطلقات فان ارضعن لكم ٥
فاتوهن اجورهن جعل اجر الرضاع على الاب لا على الام مع وجودها
فدل ان الرضاع ليس على الام وقوله وعلى المولود له رزقهن ٥
اي رزق الوالدات المرضعات فان اريد به المطلقات ففيه
لا ارضاع على الام حيث اوجب بدل الرضاع على الاب مع وجود ٥
الام وان اريد به المنكوحات كان المراد والله اعلم ايجاب ٥
زيادة نفقة على الاب للام المرضعه لاجل الولد والا فاصل
النفقه تستحقها المنكوحه من غير ولد ولان الارضاع
انفاق على الولد ونفقة الولد تختص بها الوالد لا يشاركه
فيها الام كنفقته بعد الاستغنا فكما لا يجب عليها نفقته
بعد الاستغنا لا يجب عليها قبله وهو ارضاعه وهذا في الحكم
فاما في الفتاوي فتفتي بان ترضعه لقوله تعالى لا تضار
والدة بولدها قيل في بعض تاويلات الايه اي لا تضار بولدها
بان ترميه على الزوج بعد ما عرفها والفها ولا ترضعه ٥
فيتضرر الولد ومتى تضرر الولد يتضرر الوالد لانه يتالم
قلبه بذلك وقد قال الله تعالي ولا مولود له بولده اي
لا يضار المولود له بسبب الاضرار بولده كذا قيل في بعض
التاويل ولان النكاح عقد سكن وازدواج وذلك لا يحصل
الا باجتماعهما على مصالح النكاح منها ارضاع الولد فيفتي به
ولكنا ان ابت لا يجبر عليه لما قلنا الا اذا كان لا يوجد من ترضعه
فحينيذ تجبر على ارضاعه اذ لو لم تجبر عليه لهلك الولد ولو
التمس الوالد الاب لولده مرضعا فارادت الام ان ترضعه
بنفسها فهي اولي لانها اشفق عليه ولان في انتزاع الولد منها
اضرارا بها وانه منهي لقوله تعالي لا تضار والدة بولدها
قيل في بعض التاويل اي لا تضار زوجها بانتزاع الولد
منها وهي تريد امساكه وارضاعه فان ارادت ان تاخذ
على هذا اجرا في صلب النكاح لم يجز لها ذلك لان الارضاع
وان لم يكن مستحقا عليها في الحكم فهو مستحق في الفتوي
ولا يجوز اخذ الاجر على امر مستحق لانه يكون رشوه ولانها
قد استحقت نفقة النكاح واجرة الرضاع بمنزلة النفقه
فلا تستحق نفقتين ولان اجر الرضاع يجب لحفظ الصبي ٥
وغسله وهو من نظافة البيت ومنفعة البيت تحصل للزوجين
فلا يجوز لها ان تاخذ عوضا عن منفعة تحصل لها حتي لو استاجرها

علي ارضاع ولده من غيرها جاز لان ذلك غير واجب عليها فلا يكون اخذ الاجرة على فعل واجب عليها وكذا البيت في حفظه ومنفعة تعود اليها لانه لا يجب عليها ان تسكنه معها وكذلك اذا كانت معتدة من طلاق رجعي لا يحل لها اخذ الاجرة كما لا يجوز في حال النكاح لان النكاح بعد الطلاق الرجعي قائم من كل وجه واما المبتوتة ففيها روايتان في رواية لا يجوز لها ان تأخذ الاجرة لانها مستحقة النفقة والسكنى في حال قيام العدة فلا يحل لها الاجرة كما لا يحل للمنكوحة وفي رواية يجوز لان النكاح قد زال بالابانة فصارت كالاجنبية **واما** اذا انقضت عدتها فالتمست اجرة الرضاع وقال الاب انا اجد من ترضعه بغير اجر او باقل من ذلك فذلك له لقوله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له اخرى ولان في الزام الاب ما تلتمسه الام ضررا بالاب وقد قال الله تعالى ولا مولود له بولده اي لا يضار الاب بالزام الزيادة على ما تلتمسه الاجنبية كذا في بعض التأويلات ولكن ترضعه عند الام ولا يفرق بينهما لما فيه من الحاق الضرر بالام

فصل واما بيان من له الحضانة فالحضانة تكون للنساء في وقت وتكون للرجال في وقت والاصل فيها النساء لانهن اشفق وارفق واهدى الى تربية الصغار ثم تصرف الى الرجال لانهم على الحماية والصيانة واقامة مصالح الصغار اقدر ولكل واحد منهما شرط فلا بد من بيان شرط الحضانتين ووقتهما **اما** التي للنساء فمن شرائطها ان تكون المرأة ذات رحم محرم من الصغار فلا حضانة لبنات العم وبنات الخال وبنات العمة وبنات الخالة لان مبنى الحضانة على الشفقة والرحم المحرم هي المختصة بالشفقة ثم يتقدم فيها الاقرب فالاقرب فاحق النساء من ذوات الرحم المحرم بالحضانة الام لانه لا اقرب منها ثم ام الام ثم ام الاب لان الجدتين وان استويا في القرب لكن احداهما من قبل الام وهذه الولاية مستفادة من قبل الام كل من يدلي بقرابة الام كان اولى لانها تكون اشفق ثم الاخوات فام الاب اولى من الاخت لان لها ولادا فكانت ادخل في الولاية وكذا هي اشفق واولى الاخوات الاخت لاب وام ثم الاخت لام ثم الاخت لاب لان الاخت لاب وام تدلي بقرابتين فترجح على الاخت لام بقرابة الاب وترجح الاخت لام لانها تدلي بقرابة الام فكانت اولى من الاخت لاب واختلفت الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله في الاخت لاب مع الخالة ايتهما اولى روي عنه في كتاب النكاح ان الخالة اولى وهو قول محمد وزفر رحمهما الله **وروي** عنه في كتاب الطلاق ان الاخت لاب اولى **وجه الرواية الاولى** ما روي ان بنت حمزة لما رأت عليا تمسكت به وقالت ابن عمي فاخذها فاختصم فيها علي وجعفر وزيد بن حارثة فقال

علي بنت عمي وقال جعفر بنت عمي وخالتها عندي وقال زيد بن حارثة بنت اخي آخيت بيني وبين حمزة يا رسول الله فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم لخالتها وقال الخالة والدة وقد سمى الخالة والدة فكانت اولى **وجه الرواية الاخرى** ان الاخت لاب بنت الاب والخالة بنت الجد فكانت الاخت لاب اقرب فكانت اولى وبنت الاخت لاب وام اولى من الخالة لانها من ولد الاب والخالة ولد الجد فكانت اولى **واما على الرواية الاولى** فلا شك ان الخالة تتقدم عليها لانها تتقدم على الاخت امها وهي الاخت لاب فلان تتقدم على بنتها وهي ابعد من امها اولى وبنات الاخت اولى من بنات الاخ لان الاخ لا حق له في الحضانة والاخت لها حق فيها فكان ولد الاخت اولى والخالات اولى من بنات الاخ لان بنت الاخ تدلي بقرابة الذكر والخالة تدلي بقرابة الام فكانت الخالة اولى وبنات الاخ اولى من العمات وان كانت كل واحدة منهما اعني بنت الاخ والعمة تدلي بذكر لكن بنت الاخ اقرب لانها ولد الاب والعمة ولد الجد وكانت بنت الاخ اقرب فكانت اولى ثم الخالات اولى من العمات وان تساوين في القرب لان الخالات تدلين بقرابة الام فكن اشفق واولى الخالات الخالة لاب وام لانها تدلي بقرابتين ثم الخالة لام لادلائها بقرابة الام ثم الخالة لاب ثم العمات وذكر الحسن بن زياد في كتاب الطلاق ان ام الاب اولى من الخالة في قول ابي يوسف رحمه الله وقال زفر الخالة اولى **وجه قول زفر** رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم الخالة والدة **وجه قول ابي يوسف** رحمه الله ان الام لها ولاد والولاية في الاصل مستفادة بالولادة واولى العمات العمة لاب وام لانها تدلي بقرابتين ثم العمة لام لاتصالها بجهة الام ثم العمة لاب واما بنات العم والخال والعمة والخالة فلا حق لهن في الحضانة لعدم الرحم المحرم **ومنها** ان لا تكون ذات زوج اجنبي من الصغير فان كانت فلا حق لها في الحضانة **واصله** ما روي عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان امرأة اتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء ويزعم ابوه ان ينزعه مني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انت احق به ما لم تنكحي **وروي** عن سعيد بن المسيب انه قال طلق عمر امرأته عاصم فلقيها ومعها الصبي فنازعها ثم ارتفعا الى ابي بكر الصديق رضي الله عنه فقضى ابو بكر الصديق بعاصم بن عمر لامه ما لم يشب

او تتزوج وقال ان دبغها او وراثها خير له حتي تشب او تتزوج وذلك
بحضرة الصحابة رضي الله عنهم ولان الصغير يلحقه الجفا والمذلة من قبل
الراب لانه يبغضه لغيرته وينظر اليه نظر المغشي عليه من الموت ويقتر عليه
النفقة فيتضرر به حتي لو تزوجت بذي رحم محرم من الصبي لا يسقط حقها
في الحضانة كالجدة اذا تزوجت بجد الصبي او الام تزوجت بعم الصبي
لانه لا يلحقه الجفا منهما لوجود المانع من ذلك وهو القرابة الباعثة
علي الشفقة ولو مات عنها زوجها او ابانها عاد حقها في الحضانة لان
المانع قد زال فيزول المنع ويعود حقها وتكون هي اولي ممن هي ابعد
منها كما كانت **ومنها** ان تكون حرة فلا حق للامة عدمر ردتنا حتي لو
ارتدت عن الاسلام بطل حقها في الحضانة لان المرتدة تحبس فيتضرر
به الصبي ولو تابت فاسلمت يعود حقها لزوال المانع وسئل محمد
رحمه الله عن النسا اذا اجتمعن ولهن ازواج قال يضعه القاضي
حيث يشا لانه لا حق لها فصار كمن لا قرابة له **ومنها** ان تكون حرة
فلا حق للامة وام الولد في حضانة الولد الحر لان الحضانة ضرب
من الولاية وهما ليستا من اهل الولاية فاما اذا اعتقتا فهما في
الحضانة كالحرة لانهما استفادتا الولاية بالعتق واهل الذمة
في هذه الحضانة بمنزلة اهل الاسلام لان هذا الحق انما يثبت نظرا
للصغير وانه لا يختلف بالاسلام والكفر **وكذا** اتحاد الدين ليس
بشرط لثبوت هذا الحق حتي لو كانت الحاضنة كتابية والولد مسلم
كانت في الحضانة كالمسلمة كذا ذكر في الاصل لما قلنا **وكان** ابو بكر
احمد بن علي الرازي يقول انها احق بالصغير والصغيرة حتي يعقلا
فاذا عقلا سقط حقها لانها تعودهما اخلاق الكفرة وفيه ضرر
عليهما والله الموفق **واما** وقت الحضانة التي من قبل النسا فالام
والجدتان احق بالغلام حتي يستغني عنهن فياكل وحده ويلبس وحده
كذا ذكر في ظاهر الرواية وذكر داود بن رشيد عن محمد رحمه الله
ويتوضا وحده يريد به الاستنجا اي ويستنجي وحده ولم يقدر
في ذلك تقديرا وذكر الخصاف سبع سنين او ثمان سنين ونحو ذلك
واما الجارية فهي احق بها حتي تحيض كذا ذكر في ظاهر الرواية
وحكي هشام عن محمد رحمه الله حتي تبلغ او تشتهي وانما اختلف حكم الغلام
والجارية لان القياس ان تتوقت الحضانة بالبلوغ في الغلام والجارية
جميعا لانها ضرب ولاية تثبت للام فلا تنتهي الا بالبلوغ كولاية الاب
في المال الا انا تركنا القياس في الغلام باجماع الصحابة **لما روينا**
ان ابا بكر الصديق رضي الله عنه قضي بعاصم بن عمر لامه ما لم يشب عاصم او

تتزوج امه

تتزوج امه وكان ذلك بحضرة من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليه
احد فتركنا القياس في الغلام باجماع الصحابة فبقي الحكم في الجارية علي
اصل القياس ولان الغلام اذا استغني يحتاج الي التاديب والتخلق
باخلاق الرجال وتحصيل انواع الفضايل واكتساب اصناف
العلوم والاب علي ذلك اقوم واقدر معما انه لو ترك في يدها لتخلق
باخلاق النسا وتعود بشمايلهن وفيه ضرر به وهذا المعني لا يوجد
في الجارية فتترك في يد الام بل تمس الحاجة الي الترك في يدها الي وقت
البلوغ لحاجتها الي تعلم اداب النسا والتخلق باخلاقهن وخدمة
البيت ولا يحصل ذلك الا وان يكون عند الام ثم بعد ما حاضت
او بلغت حد الشهوة تقع الحاجة الي حمايتها وحفظها عمن يطمع فيها
لكونها لحما علي وضم فلا بد ممن يذب عنها والرجال علي ذلك اقدر
واما غير هولا من ذوات المحارم الرحم المحرم من الاخوات والخالات
والعمات اذا كان الصغير عندهن فالحكم في الجارية كالحكم في الغلام
وهو انها تترك في ايديهن الي ان تاكل وحدها وتشرب وحدها
وتلبس وحدها ثم تسلم الي الاب وانما كان كذلك لانها وان كانت
تحتاج بعد الاستغنا الي تعلم اداب النسا لكن في تاديبها استخدامها
وولاية الاستخدام غير ثابتة لغير الامهات من الاخوات
والخالات والعمات فتسلمها الي الاب احترازا عن الوقوع في المعصية
واما التي للرجال فاما وقتها فانما بعد الاستغنا في الغلام الي وقت
البلوغ وبعد الحيض في الجارية اذا كانت عند الام او الجدتين
واذا كانت عند غيرهن فما بعد الاستغنا فيهما جميعا الي وقت البلوغ
لما ذكرنا من المعني وانما يوقت هذا الحق الي وقت بلوغ الصغير
والصغيرة لان ولاية الرجال علي الصغار والصغاير تزول بالبلوغ
كولاية المال غير ان الغلام اذا كان غير مامون عليه فللاب ان
يضمه الي نفسه ولا يخلي سبيله كي لا يكتسب شينا عليه وليس عليه
نفقته الا ان يتطوع فاما اذا بلغ عاقلا واجتمع رايه واستغني
عن الاب وهو مامون عليه فلا حق للاب في امساكه كما ليس له ان
يمنعه من ماله فيخلي سبيله فيذهب حيث شا والجارية ان كانت
ثيبا وهي غير مامونة علي نفسها فلا حق له فيها ويخلي سبيلها
فتنزل حيث احبت وان كانت بكرا لا يخلي سبيلها وان كانت مامونة
علي نفسها لانها مطمع لكل طامع ولم تختبر الرجال فلا يومن عليها
الخداع **واما** **فمن** شرايطها العصوبة فلا تثبت الا
للعصبة من الرجال ويتقدم الاقرب فالاقرب الاب ثم الجد اب الاب

وان علا ثم الاخ لاب وام ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ لاب وام ثم ابن الاخ لاب
ثم ابن العم لاب وام ثم العم لاب ثم ابن العم لاب وام ثم ابن العم لاب ان
كان الصبي غلاما وان كان جارية فلا تسلم اليه لانه ليس بمحرم منها ه
لانه يجوز له نكاحها فلا يومن عليها فاما الغلام فانه عصبته واحق به
ممن هو ابعد منه ثم عم الاب لاب وام ثم عم الاب لاب ثم عم الجد لاب وام
ثم عم الجد لاب ولو كان لها ثلاث اخوة كلهم على درجة واحدة فافضلهم
صلاحا وورعا اولى وان كانوا في ذلك سوا فاكبرهم سنا اولى به
بالحضانه فان لم يكن للجارية من عصباتها غير ابن العم اختار لها القاضي
افضل المواضع لان الولاية في هذه الحالة اليه فيراعي الاصلح
فان راه اصلح ضمها اليه والا فيضعها عند امراة مسلمة امينه
وكل ذكر من قبل النسا فلا حق له في الولد مثل الاخ لام والخال
واب الام لانعدام العصوبه وقال محمد رحمه الله ان كان للجارية
ابن عم وخال وكلاهما لا باس به في دينه جعلها القاضي عند الخال
لانه محرم وابن العم ليس بمحرم فكان المحرم اولى والاخ من الاب
احق من الخال لانه عصبته وهو ايضا اقرب لانه من اولاد الاب
والخال من اولاد الجد وذكر الحسن بن زياد ان الصبي اذا لم يكن
له قرابة من النسا فالعم اولى به من الخال واب الام لانه عصبته
والاخ لاب اولى من العم وللاخ وكذلك ابن الاخ لانه اقرب فاذا
لم يكن له قرابه اشفق من جهة ابيه من الرجال والنسا فان الام
اولى من الخال والاخ لام لان لها ولادا وهي اشفق ممن لا ولاد له
من ذوي الارحام **ومنها** اذا كان الصغير جارية ان يكون عصبتها
ممن يومن عليها فان كان لا يومن لفسقه ومجانته لم يكن له فيها حق
لان في كفالته لها ضررا عليها وهذه ولاية نظر فلا تثبت مع ه
الضرر حتى لو كانت الاخوة والاعمام غير مامونين على نفسها ه
ومالها لا تسلم اليهم وينظر القاضي امراة من المسلمين ثقة ه
عدلة امينه فيسلمها اليها الى ان تبلغ فتنزل حيث احبت وان
كان بكرا **ومنها** اتحاد الدين فلا حق للعصبة في الصبي الا ان
يكون على دينه كذا ذكر محمد رحمه الله وقال هذا قول ابي حنيفه رحمه
الله وقياسه لان هذا الحق لا يثبت الا للعصبه واختلاف
الدين يمنع التعصيب وقد قالوا في الاخوين اذا كان احدهما
مسلما والاخر يهوديا والصبي يهودي ان اليهودي اولى به لانه
عصبته لا المسلم والله الموفق ولا خيار للغلام والجارية اذا
اختلف الابوان فيهما قبل البلوغ عندنا وقال الشافعي رحمه الله

يخير

يخير الغلام اذا عقل التخيير **واحتج** بما روي عن ابي هريرة رضي الله عنه ه
ان امراة اتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ان زوجي يريد ان
ينتزع ولدي مني وانه قد نفعني وسقاني من بير ابي عنبة فقال
استهما عليه فقال الرجل من يشاقني في ابني فقال النبي صلى الله
عليه وسلم للغلام اختر ايهما شيت فاختار امه فاعطاها اياه
ولان في هذا نظر للصغير لانه يختار الاشفق **ولنا ما**
روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال للام انت احق
به ما لم تنكحي ولم يخير ولان تخيير الصبي ليس بحكمه لانه لغلبة
هواه يميل الى اللذة الحاضرة من الفراغ والتكسل والهرب
من الكتاب وتعلم اداب النفس ومعالم الدين فيختار شر ه
الابوين وهو الذي يهمله ولا يوديه **واما** حديث ابي هريره ه
رضي الله عنه فالمراد منه التخيير في حق البالغ لانها قالت
نفعني وسقاني من بير ابي عنبة ومعنى قولها نفعني اي كسب علي
والبالغ هو الذي يقدر على الكسب **وقد قيل** ان بير ابي عنبه
لا يمكن الصغير الاستقا منه فدل ان المراد منه التخيير ه
في حق البالغ ونحن به نقول ان الصبي اذا بلغ يخير **والدليل** عليه
ما روي ان عمارة بن ربيعة المخزومي انه قال غدا ابي نحو البحرين
فقتل فجا عمي ليذهب بي فخاصمته امي الى علي ومعي اخ لي صغير
فخيرني علي ثلاثا فاخترت امي فابى عمي ان يرضى فوكزه علي
بيده وضربه بدرته وقال لو بلغ هذا الصبي ايضا خير
فهذا يدل على ان التخيير لا يكون الا بعد البلوغ والله اعلم
فصل واما بيان مكان الحضانه فمكان الحضانه مكان ه
الزوجين اذا كانت الزوجيه بينهما قايمه حتى لو اراد الزوج
ان يخرج من البلد واراد اخذ ولده الصغير ممن له الحضانه
من النسا ليس له ذلك حتى يستغني عنها لما ذكرنا انها ه
احق بحضانته منه فلا تملك انتزاعه من يدها لما فيه من ه
ابطال حقها فضلا من الاخراج من البلد وان ارادت المراه
ان تخرج من المصر الذي هي فيه الى غيره فللزوج ان يمنعها
من الخروج سوا كان معها ولد او لم يكن لان عليها المقام
في بيت زوجها وكذلك اذا كانت معتدة لا يجوز لها الخروج
مع الولد وبدونه ولا يجوز للزوج اخراجها لقوله تعالى
لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشة ه
مبينه **واما** اذا كانت منقضية العدة فارادت ان تخرج بولدها

من البلد الذي هي فيه الى بلد آخر فهذا على اقسام ان ارادت ان تخرج الى
بلدها وقد وقع النكاح فيه فلها ذلك مثل ذلك ان تزوج كوفية
بالكوفة ثم نقلها الى الشام فولدت اولادا ثم وقعت الفرقة بينهما
وانقضت عدتها فارادت ان تنقل اولادها الى الكوفة فلها ذلك
لان المانع هو ضرر التفريق بينه وبين ولده وقد رضي به لوجود
دليل الرضا وهو وجود التزوج بها في بلدها لان من تزوج امراة
في بلدها فالظاهر انه يقيم فيه والولد من ثمرات النكاح فكان
راضيا بحضانة الولد في ذلك البلد فكان راضيا بالتفريق
الا ان النكاح ما دام قائما يلزمها اتباع الزوج فاذا زال المانع
وان وقع النكاح في غير بلدها لم يكن لها ان تنقل ولدها الى
بلدها بان تزوج امراة كوفية بالشام فوقعت الفرقة فارادت
ان تنقل ولدها الى الكوفة لم يكن لها ذلك لانه اذا لم يقع
النكاح في بلدها لم يوجد دلالة الرضا بالمقام في بلدها
فلم يكن راضيا بحضانة الولد فيه فلم يكن راضيا بدلالة بضرر
ولو ارادت ان تنقل الولد الى بلد ليس ذلك بلدها ولكن
وقع النكاح فيه كما اذا تزوج كوفية بالشام فنقلها الى البصرة
فوقعت الفرقة بينهما فارادت ان تنقل اولادها الى الشام
ليس لها ذلك كذا ذكر في الاصل لان ذلك البلد الذي وقع
فيه النكاح ليس لها ذلك كذا ذكر في الاصل لان ذلك البلد
الذي وقع فيه النكاح ليس ببلدها ولان بلد الزوج هو دار غربة
كالبلد الذي فيه الزوج فلم يكن النكاح فيه دليل الرضا
بالمقام فيه فلم يكن راضيا بضرر التفريق بحضانة الولد
الذي هو من ثمرة النكاح فيه فلم يكن راضيا بضرر التفريق
فاعتبر في الاصل شرطين احدهما ان يكون البلد الذي يريد
ان ينقل اليه الولد بلدها والثاني وقوع النكاح فيه
فما لم يوجدا لا يثبت لها ولاية النقل وروى عن ابي يوسف
رحمه الله ان لها ذلك فاعتبر مكان العقد فقط واليه اشار
محمد في الجامع الصغير وقال انما انظر الى هذا الى عقدة النكاح
اين وقعت وهكذا اعتبر الطحاوي والخصاف اتباعا لقول
محمد في الجامع وهذا غير سديد لان محمدا رحمه الله وان اجمل
المسئلة في الجامع فقد فسرها في الاصل على الوجه الذي وصفنا
والمجمل يحمل على المفسر ويكون المفسر بيانا للمجمل كالنص المجمل
من الكتاب والسنة اذا التحق به التفسير انه يصير مفسرا

من

مطلب

من الاصل كذا هذا والله الموفق هذا اذا كانت المسافة بين
البلدين بعيدة فان كانت قريبة بحيث يقدر الاب ان يزور
الولد ويعود الى منزله قبل الليل فلها ذلك لانه لا يلحق الاب كبير
ضرر بالنقل بمنزلة النقل الى اطراف البلد واما اهل السواد
فالحكم في السواد كالحكم في مصر في جميع الفصول الا في فصل واحد
وبيانه ان النكاح اذا وقع في الرستاق فان ارادت المراة ان
تنقل الصبي الى قريتها فان كان اصل النكاح وقع فيها فلها ذلك
كما في المصر لما قلنا في المصر وان كان وقع في غيرها فليس لها
نقله الى قريتها ولا الى القرية التي فيها وقع النكاح اذا كانت بعيدة
لما ذكرنا في المصر وان كانت قريبة على التفسير الذي ذكرنا فلها
ذلك كما في الاصل وان كان الاب متوطنا في المصر فارادت نقل
الولد الى القرية فان كان تزوجها فيها وهي قريتها فلها ذلك
وان كانت بعيدة من المصر لما ذكرنا في المصر وان لم تكن تلك قريتها
فان كانت قريبة ووقع فيها اصل النكاح فلها ذلك كما في المصر
وان كان لم يقع النكاح فيها فليس لها ذلك وان كانت قريبة من
المصر بخلاف المصرين لان اخلاق اهل السواد لا يكون مثل اخلاق
اهل المصر بل يكون اجفى فيتخلق الصبي باخلاقهم فيتضرر به ولم
يوجد من الاب دليل الرضى بهذا الضرر اذ لم يقع اصل
النكاح في القرية والله اعلم وليس للمراة ان تنقل ولدها الى دار
الحرب وان كان قد تزوجها هناك وكانت حربية بعد ان يكون زوجها
مسلما او ذميا لان في ذلك اضرارا بالصبي لانه يتخلق باخلاق
الكفرة فيتضرر به وان كان كلاهما حربيين فلها ذلك لان الصبي
تبع لهما وهما من اهل دار الحرب والله الموفق للصواب

كتاب العتاق

قال رحمه الله الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان انواع
الاعتاق وفي بيان ركن الاعتاق وفي بيان شرائط الركن وفي بيان
صفة الاعتاق وفي بيان وقت ثبوت حكمه وفي بيان ما يظهر به
الاعتاق

فصل

اما الاول فالاعتاق في القسمة الاولى
تنقسم الى اربعة اقسام واجب ومندوب اليه ومباح
ومحظور اما الواجب فالاعتاق في كفارة القتل والظهار واليمين
والافطار الا انه في باب القتل والظهار والافطار واجب على
التعيين عند القدرة عليه وفي باب اليمين واجب على التخيير

قال الله تعالى في كفارة القتل والظهار فتحرير رقبة وقال في كفارة
اليمين او تحرير رقبة وانه امر بصيغة المصدر كقوله تعالى فضرب
الرقاب وقوله والوالدات يرضعن اولادهن وقوله والمطلقات
يتربصن بانفسهن ونحو ذلك وقال النبي صلى الله عليه وسلم في كفارة
الافطار اعتق رقبة واما المندوب اليه فهو الاعتاق لوجه الله
تعالى من غير ايجاب لان الشرع ندب الى ذلك لما روي عن ابن عباس
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ايما مومن اعتق مومنا في الدنيا
اعتق الله بكل عضو منه عضوا من النار وعن واثلة بن الاسقع
رضي الله عنه قال اتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم في صاحب
لنا قد اوجب فقال صلى الله عليه وسلم اعتقوا عنه يعتق الله بكل
عضو منه عضوا منه من النار وعن ابي نجيح السلمي قال حاصرنا
مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الطايف فسمعته يقول من رمى
بسهم في سبيل الله فله درجة في الجنة ومن شاب شيبة في الاسلام
كانت له نورا يوم القيمة وايما رجل مسلم اعتق مسلما كان به وفا كل
عظم من عظام محرره من النار وايما امراة مسلمة اعتقت امراة مسلمة
كان بها وفا كل عظم من عظام محررتها من النار وعن البراء بن
عازب قال جا اعرابي الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول
الله علمني عملا يدخلني الجنة فقال صلى الله عليه وسلم اعتق النسمة
وفك الرقبة فقال أو ليسا واحد فقال لا عتق النسمة ان تنفرد
بعتقها وفك الرقبة ان تعين في عتقها وفي بعض الروايات
ان تعين في ثمنها واما المباح فهو الاعتاق من غير نية لوجود
معنى الاباحة فيه وهو تخيير العاقل بين تحصيل الفعل وتركه
شرعا واما المحظور وهو ان يقول لعبده انت حر لوجه الشيطان
ويقع العتق لوجود ركن الاعتاق وشرطه وقوله لوجه الشيطان
بيان الغرض ونقسمه ايضا اقساما اخر نذكرها في مواضعها
ان شا الله تعالى **فصل** واما ركن الاعتاق فهو اللفظ
الذي جعل دلالة على العتق في الجملة او ما يقوم مقام اللفظ
فيحتاج فيه الى بيان الالفاظ التي يثبت بها العتق في الجملة
اما مع النية او بدون النية والى بيان ما لا يثبت به العتق
من الالفاظ راسا اما الاول فالالفاظ الذي يثبت بها
العتق في الجملة تنقسم ثلاثة اقسام صريح وملحق بالصريح
وكناية اما الصريح فهو اللفظ المشتق من العتق او الحرية
او الولا نحو قوله اعتقتك او حررتك او انت عتيق او معتق

او انت مولاي لان الصريح في اللغة اسم لما هو ظاهر المعنى مكشوف
المراد عند السامع وهذه الالفاظ بهذه الصفة واما لفظ العتق والحرية
فلا شك فيه لانه لا يستعمل الا في العتق فكان ظاهر المراد عند السامع
فكان صريحا فلا يفتقر الى النية كصريح الطلاق اذ النية لتعيين
المحتمل واما لفظ المولى فالمولى وان كان من الالفاظ المشتركة
في الاصل لوقوعه على مسميات مختلفة الحدود والحقايق
بمنزلة اسم العين والقرو وغيرهما فانه يقع على الناصر قال
الله تعالى ذلك بان الله مولى الذين امنوا وان الكافرين
لا مولى لهم ويقع على ابن العم قال الله تعالى خبرا عن نبيه زكريا
صلوات الله عليه واني خفت الموالي من وراي ويقع على
المعتق والمعتق لكن ههنا لا يحتمل الناصر لان المولى لا يستنصر
بعبده ولا ابن العم اذا كان العبد معروف النسب ولا
المعتق اذ العبد لا يعتق مولاه فتعين المعتق مرادا به فهو اللفظ
صريحا في العتق فلا يحتاج الى النية كقوله انت حر او عتيق وكذا
اذا ذكر هذه الالفاظ بصيغة الندا بان قال يا حر يا عتيق
يا معتق لانه ناداه بما هو صريح في الدلالة على العتق لكون
اللفظ موضوعا للعتق والحرية ولا يعتبر المعنى في الموضوعات
فيثبت العتق من غير نية كقوله انت حر عتيق او معتق وذكر
محمد رحمه الله انه لو كان اسم العبد حرا وعرف بذلك الاسم فقال
له يا حر لا يعتق لانه اذا كان مسمى بذلك معروفا فالندا به
يحمل على الاسم العلم لا على الصفة فلا يعتق وكذا اذا قال
له يا مولاي يعتق عند اصحابنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله
لا يعتق من غير نية وجه قوله ان قوله يا مولاي يحتمل
التعظيم ويحتمل التحقيق فلا يحمل على التحقيق الا بالنية كقوله يا سيدي
ويا مالكي ولنا ان ندا العبد باسم المولى لا يراد به تعظيم العبد
واكرامه عادة وانما يراد به الاعتاق فيحمل عليه كانه قال انت مولاي
ولو قال ذلك يعتق عليه كذا هذا بخلاف قوله يا سيدي ويا مالكي
لان ذلك قد يذكر على وجه التعظيم والاكرام فلا يثبت به العتق
من غير قرينة وعلل محمد لهذا فقال لانا انما اعتقناه في قوله
يا مولاي لاجل الولا لا لاجل الملك ومعناه ما ذكرنا ولو قال في
شي من هذه الالفاظ من قوله اعتقت او نحوه عنيت به الخبر
كذبا لا يصدق في القضا لعدوله عن الظاهر لانه يستعمل في
انشا العتق في عرف اللغة والشرع كما يستعمل في الاخبار

فان العرب قبل ورود الشرع كانوا يعتقون عبيدهم بهذه الصيغة وفي
الحمل على الخبر حمل على الكذب وظاهر حال العاقل بخلافه فلا يصدق
في القضا كما لو قال لامرأته طلقتك ونوي به الاخبار كذبا لانه لا
يصدق في القضا ويصدق فيما بينه وبين الله تعالي لانه نوي
ما يحتمله كلامه لانه يحتمل الاخبار وان كان ارادة الخبر خلاف
الظاهر ولو قال عنيت به انه كان حرا فان كان مولدا لا يصدق
اصلا لانه كذب محض وان كان سبيا لا يصدق قضا لان الظاهر
ارادة الانشا من هذه الالفاظ فلا يصدق في العدول عن الظاهر
ويصدق ديانة لان اللفظ يحتمل الاخبار عن الماضي ولو قال
انت حر من عمل كذا او انت حر اليوم من هذا العمل عتق في القضا
لان العتق بالنسبة الي الاعمال والازمان لا يتجزي لاستحالة
ان يعتق اليوم ويسترق غدا او يعتق في عمل ويرق في
عمل فكان الاعتاق عن عمل دون عمل وفي زمان دون زمان
اعتاقا عن الاعمال كلها وفي الازمان باسرها فاذا نوي بعض
الاعمال والازمان فقد نوي خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضي
وكذا اذا قال له انت مولاي وقال عنيت به المولاة
في الدين لا يدين في القضا لانه خلاف الظاهر اذ هو يستعمل
لولا العتق ظاهرا ويصدق ديانة لان اللفظ يحتمل ما نوي
ولو قال ما انت الا حر عتق لان قوله ما انت الا حر اكد من قوله
انت حر لانه اثبات بعد النفي كقولنا لا اله الا الله ولو قال
انت حر لوجه الله عتق لان اللام في قوله لوجه الله لام الغرض
فقد نجز الحرية وبين ان غرضه من التحرير وجه الله تعالي
وكذا لو قال لعبده انت حر لوجه الشيطان عتق ذكره
محمد في الاصل لانه اعتقه بقوله انت حر وبين غرضه الفاسد
من الاعتاق فلا يقدح في العتق ولو دعا لعبده سالم يا سالم
فاجابه مرزوق فقال انت حر ولا نية له عتق الذي اجابه
لان قوله انت حر خطاب والمتكلم اولي بصرف الخطاب اليه من
الساكت ولو قال عنيت سالما عتقا في القضا اما مرزوق
فلان الاشارة مصروفة اليه لما بينا فلا يصدق في انه ما عناه
واما سالم فباقراره واما فيما بينه وبين الله تعالي فانما يعتق
الذي عناه خاصة لانه يطلع على سره ولو قال يا سالم انت
حر فاذا هو عبد اخر له او لغيره عتق سالم لانه لا مخاطب ههنا
الا سالم فينصرف قوله انت حر والله اعلم واما الذي هو ملحق

بالصريح

بالصريح فهو ان يقول لعبده وهبت نفسك او وهبت نفسك منك او بعت
نفسك منك ويعتق سوا قبل او لم يقبل نوي او لم ينو لان الايجاب
من الواهب والبايع ازالة الملك من الموهوب والمبيع وانما الحاجة
الي القبول من الموهوب له والمشتري لثبوت الملك لهما وههنا
لا يثبت الملك للعبد في نفسه لانه لا يصلح مملوكا لنفسه فبقي الهبة
والبيع ازالة الملك عن الرقيق لا الي احد وهذا معني الاعتاق
ولهذا لا يفتقر الي القبول ولا يحتاج الي النية ايضا لان اللفظ
صريح في الدلالة علي زوال الملك عن الموهوب والمبيع والاعتاق
ازالة الملك وقد قال ابو حنيفة رحمه الله اذا قال لعبده
وهبت لك نفسك وقال اردت وهبت له عتقه اي لا اعتقه
لم يصدق في القضا لان الهبة وضعت لازالة الملك عن
الموهوب وهبة العتق استبقا الملك علي الموهوب فقد
عدل عن ظاهر الكلام فلا يصدق في القضا ويصدق فيما
بينه وبين الله تعالي لانه نوي ما يحتمله كلامه وروي عن
ابي يوسف رحمه الله فيمن قال لعبده انت مولي فلان او عتيق
فلان انه يعتق في القضا لانه اخبر انه معتق فلان فلا يكون
معتق فلان ولا مولاه الا وان يكون مملوك فلان فاعتقه
فان قال له اعتقك فلان فليس بشي لان قوله اعتقك فلان
يحتمل انه اراد به ان فلانا انشا العتق فيك ولا يكون
ذلك الا بعد العتق الملك ويحتمل انه اراد به انه ظلم اراد
به انه قال لكن للحال انت حر ولا ملك لي فيه فلا يعتق بالشك
والله اعلم ومن هذا القبيل اذا اشتري اباه او امه او ابنه
عتق عليه نوي او لم ينو عند عامة العلما لان شراه جعل
اعتاقا شرعا حتي تتادي به الكفارة اذا اشتري اباه
ناويا عن الكفارة في قول اصحابنا الثلاثة خلافا لزفر
والشافعي رحمهما الله وعند مالك رحمه الله لا يعتق الا باعتاق
مبتدا والاصل ان كل من يملك ذا رحم محرم منه بالشرا او
بقبول الهبة او الصدقة او الوصية او بالارث يعتق عليه
وقال مالك رحمه الله لا يعتق ما لم يعتقه وقال الشافعي رحمه الله
لا يعتق بالملك الا من له ولاد واما من لا ولاد له فلا يعتق
الا باعتاق مبتدا اما مالك رحمه الله احتج بما روي ابو داود
في سننه باسناده عن ابي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله
صلي الله عليه وسلم لن يجزي والد عن ولده الا ان يجده مملوكا فيشتريه

فيعتقه حقق الاعتاق عقيب الشرا ولو كان الشرا نفسه اعتاقا ٥
لم يتحقق الاعتاق عقيبه لان اعتاق المعتق لا يتصور فدل ان شراه
القريب لا يتصور ليس باعتاق ولان الشرا اثبات الملك والاعتاق ازالة
الملك وبينهما منافاه فكيف يكون اللفظ الواحد اثباتا وازاله ٥
ولنا ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من
ملك ذا رحم محرم منه فهو حر **وعن** بن عباس رضي الله عنهما قال جا
جبرئيل رجل الي النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله اني ٥
دخلت السوق فوجدت اخي يباع فاشتريته وانا اريد ان اعتقه
فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله قد اعتقه والحديثان
حجة على مالك والشافعي ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم ٥
فيعتقه اي تعتقه بالشرا احمل على هذا عملا بالاحاديث كلها صيانا
لها عن التناقض واما قوله الشرا اثبات الملك والاعتاق
ازالة الملك فنعم ولكن الممتنع اثبات حكم وضده بلفظ واحد
في زمان واحد اما في زمانين فلا لان علل الشرع في الحقيقة
دلائل واعلام على المحكومات الشرعيه فيجوز ان يكون لفظ
الشرا السابق علما على ثبوت الملك في الزمان الاول وذلك
اللفظ بعينه علما على ثبوت العتق في الزمان الثاني اذ لا تنافي
عند اختلاف الزمان **واما الكلام** مع الشافعي فمبنى على ان
القرابة المحرمه للنكاح فيما سوي الولاد وهي قرابة الاخوه
والعمومه والخووله حرام القطع عندنا وعنده لا تحرم قطعها
وعلى هذا ينبني وجوب القطع بالسرقه ووجوب النفقه في هذه
القرابه انه لا يقطع ويجب النفقه عندنا خلافا له ولا خلاف
في ان قرابة الولاد حرام القطع ولا خلاف ايضا في ان القرابة
التي لا تحرم النكاح كقرابة بني الاعمام وهو يلحقها بقرابة الولاد
وجه قوله ان العتق انما يثبت بالقرابه لكون العتق صلة وكون
القرابه مستدعيه للصله والاحسان الي القريب والعتق
من اعلى الصلات فلا يثبت الا بالعلى القرابات وهي قرابة الولاد
لما فيها من الجزويه والبعضيه ولا يوجد ذلك في هذه القرابه
فلا يلحق بها بل يلحق بالقرابة البعيده وهي قرابة بني الاعمام
ولهذا الحق بها في كثير من الاحكام وهي جريان القصاص في
النفس والطرف وقبول الشهاده والحبس بالدين وجوازه
الاستيجار ونكاح الحليله وعدم التكاتب **ولنا** ان قرابة الولاد
انما اوجبت الملك عند العتق عند الملك لكونها محرمة القطع وابقا

الملك

الملك في القريب يفضي الى قطع الرحم لان الملك نفسه من باب الذل والهوان
فيورث وحشة وانما توجب التباعد بين القريبين وانما توجب قطيعة
الرحم وشرع السبب المفضي الى القطع مع تحريم القطع متناقض فلا يبقى الملك
دفعا للتناقض فلا يبقى الرق ضروره لانه لم يشرع بقاوه في المسلم والذمي
الا لاجل الملك المحترم كمالك المعصوم واذا زال الرق ثبت العتق
ضروره والقرابة المحرمة للنكاح محرمة القطع لان النصوص المقتضيه
لحرمة قطع الرحم عامة او مطلقه **قال الله تعالى** واتقوا الله الذي
تساءلون به والارحام معناه واتقوا الله الذي تساءلون به فلا تعصوه
واتقوا الارحام فلا تقطعوها ويحتمل ان يكون معناه اتقوا الله ٥
وصلوا الارحام **وقد روي** في الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه قال صلوا الارحام فانه ابقى لكم في الدنيا وخير لكم في الاخره ٥
والامر بالوصل يكون نهيا عن القطع لانه ضده والامر بالفعل نهي عن
ضده وروي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال الرحم شجنه من الله تعالى
متعلقة بالعرش تقول يا رب هذا مقام العائذ بك قطعت ولم اوصل
فيقول الله تعالى اما يكفيك ان شققت لك اسما من اسمي انا الرحمن
وانت الرحم فمن وصلك وصلته ومن قطعك بتته ومثل هذا الوعيد
لا يكون الا بارتكاب المحرم فدل ان قطع الرحم حرام والرحم هو القرابه
سميت القرابة رحما اما باعتبار ان الرحم مشتق من الرحمة كما جا في الحديث
والقرابه سبب الرحمه والشفقه على القريب طبعا **واما** باعتبار
العضو المخصوص من النسا المسمى بالرحم محل السبب الذي يتعلق
به وجود القرابات وكان كل قرابة او مطلق القرابة محرمة للقطع
بظاهر النصوص الا ما خص او قيد بدليل ثم تخرج الاحكام اما
جريان القصاص فلا يفضي الى قطع الرحم لان القصاص جزا
الفعل وجزا الفعل يضاف الى الفاعل فكان الاخ القاتل
او القاطع هو قاطع الرحم فكانه قتل نفسه او قطع طرفه ٥
باختياره وكذا الحبس بالدين لانه جزا المطل الذي هو جنايه
فكان مضافا اليه **واما** الاجاره فهي عقد معاوضه وهو تمليك
المنفعه بالمال وانه حصل باختياره فلا يفضي الى القطع الا انه
لا يجوز استيجار الاب ابنه في الخدمه التي يحتاج اليها الاب
لا لانه يفضي الى قطيعة الرحم بل لان ذلك يستحق على الابن
شرعا فلا يجوز ان يستحق الاجر في مقابلته فلا يدخل في العقد
ولو استاجر الابن اباه يصح لكن يفسخ احتراما للاب ونحن نسلم
ان للاب زياده احترام شرعا يظهر في حق هذا وفي حق القصاص

والحبس ولا كلام فيه **واما** نكاح الحليلة فانه وان كان فيه نوع غضاضة لكن
هذا النوع من الغضاضة غير معتبر في تحريم القطع فان الجمع بين الاختين حرم
للصيانة عن قطيعة الرحم ثم يجوز نكاح الاخت بعد طلاق اختها وانقضا
عدتها وان كان لا يخلو عن نوع غضاضة **واما التكاتب** فعند ابي يوسف
ومحمد يتكاتب الاخ كما في قرابة الولاد وعن ابي حنيفة رحمه الله فيه روايتان
ثم نقول عدم تكاتب الاخ لا يفضي الى قطيعة الرحم لان ملكه لا يصلح
للتكاتب لانه من باب الصلة والتبرع وملك المكاتب ملك ضروري
لا يظهر في حق التبرع والعتق فاذا لم يتكاتب عليه لم يقدر الاخ
على ازالة الذل عنه وهو الملك فلا يفضي الى الغضاضة بخلاف
الولاد لان ملك المكاتب وان كان ضروريا لم يشرع الا في حق حريه
نفسه لكن حرية ابيه وابنه في معنى حريه نفسه لان المولود يسعى لحرمة
اولاده واباه مثل ما يسعى لحرية نفسه فهو العرف والله اعلم
وسوا كان المالك لذي الرحم المحرم بالغا او صبيا عاقلا او مجنونا
يعتق عليه اذا ملكه لعموم قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم
محرم منه فهو حر ولانه علق الحكم وهو الحرية بالملك فيقتضي ان كل
من كان من اهل الملك كان من اهل هذا الحكم والصبي والمجنون من اهل
الملك فكانا من اهل هذا الحكم **فان قيل** ان الصبي اذا اشترى
اباه يعتق عليه وشرا القريب اعتاق عند اصحابنا حتى ينادي
به الكفارة والصبي وان كان عاقلا فليس من اهل الاعتاق فينبغي
ان لا يعتق او لا يكون الشرا اعتاقا **قيل له** ان كون شرا الاب
اعتاقا عرفناه بالنص وهو ما روينا من حديث ابي هريرة رضي الله
عنه والنص قابل للتخصيص والتقييد وقد قام الدليل على ان الصبي
ليس بمراد لانه ليس من اهل الاعتاق فلا يكون الشرا من الصبي
وان كان عاقلا اعتاقا بل يكون تملكا فقط فيعتق عليه بالملك
شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه فهو
حر لا بالاعتاق ولو ملك حليلة ابيه او منكوحة ابنه او امه من
الرضاع لا يعتق وكذا اذا ملك ابن العم او العمة او ابنتها او ابن الخال
او الخالة او بنتهما لا يعتق لان شرط العتق ملك ذي الرحم المحرم
وفي الاول وجد الرحم بلا محرم فلا يثبت العتق واهل الاسلام
واهل الذمة في ذلك سوا لاستوائهم في قطع الرحم واهلية
الاعتاق واهلية الملك ولعموم قوله صلى الله عليه وسلم
من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر وقوله المعتق لمن اعتق عليه لان
العتق ان وقع بالشرا فالشرا اعتاق وقد قال صلى الله عليه وسلم

الولا

الولا لمن اعتق وان وقع بالملك شرعا فالملك للمعتق عليه فكان الولا له
ولو اشترى امة حبلى من ابيه والامة لغير الاب جاز الشرا وعتق ما في
بطنها ولا تعتق الامة ولا يجوز بيعها لغير الاب جاز الشرا وعتق ما في بطنها
ولا تعتق الامة ولا يجوز ما في بيعها قبل ان تضع وله ان يبيعها اذا
وضعت **اما** جواز الشرا فلا شك فيه لان شرا الاخ جائز كشرا
الاب وساير ذوي الرحم المحرم **واما** عتق الحمل فلانه اخوه وقد ملكه
فيعتق عليه ولا تعتق الام عليه لانها اجنبية عنه لعدم القرابة بينهما
بحقيقة انه لو ملكها ابوه لا يعتق عليه فابنه اولى **واما** عدم جواز بيعها
ما دام الحمل قائما فلان في بطنها ولدا حرا ولان بيع الحامل بدون
الحمل لا يجوز **الا ترى** انه لو باعها واستثنى الحمل يفسد البيع فاذا كان
الولد حرا والحر لا يكون محلا للبيع يصير كانه استثنى الولد
واذا وضعت جاز بيعها لان المانع قد زال واذا ملك شقصا
من ذي رحم محرم منه عتق عليه ما ملك في قول ابي حنيفة رحمه الله
وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وزفر يعتق كله كما لو اعتق
شقصا من ماله عبد له اجنبي لان العتق يتجزى عنده وعندهم
لا يتجزى ولو ملك رجلان ذا رحم محرم من احدهما حتى عتق عليه
فهذا لا يخلو اما ان ملكاه بسبب لهما فيه صنع واما ان ملكاه
بسبب لا صنع لهما فيه فان ملكاه بسبب لهما فيه صنع بان ملكاه
بالشرا او بقبول الهبة او الصدقة او الوصية لا يضمن من عتق عليه
لشريكه شيا موسرا كان او معسرا في قول ابي حنيفة رحمه الله ولكن
يسعى له العبد في نصيبه وعند ابي يوسف رحمه الله ومحمد رحمهما الله
يضمن الذي عتق عليه نصيبه ان كان موسرا وعلى هذا الخلاف اذا
باع رجل نصف عبده من ذي رحم محرم من عبده او وهبه له حتى
عتق عليه لا يضمن المشتري نصيب البايع عند ابي حنيفة رحمه الله
موسرا كان القريب او معسرا ولكن يسعى العبد في نصف قيمته
للبايع وعندهما يضمن ان كان موسرا وان كان معسرا يسعى العبد
ولو قال الرجل لعبد ليس بقريب له ان ملكته فهو حر ثم اشتراه
الحالف وغيره صفقة واحدة ذكر الجصاص رحمه الله انه على الخلاف
لانه لا ضمان عليه في قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن وذكر
الكرخي اني لا اعرف الرواية في هذه المسالة **واجمعوا** على ان العبد
اذا كان بين اثنين فباع احدهما نصيبه من قريب العبد حتى عتق عليه
ان المشتري يضمن لشريكه الساكت ان كان موسرا ولا يضمن البايع شيا
والكلام في هذه المسايل بنا على ان الاعتاق يتجزى عند ابي حنيفة

وعندهما لا يتجزى **ووجه البناء** على هذا الاصل ان الاعتاق لما لم يكن
متجزيا عندهما وشرا القريب اعتاق فكان شرا نصيبه اعتاقا لنصيبه ههنا
واعتاق نصيبه اعتاق لنصيب صاحبه فيعتق كله ويضمن كالعبد المشترك
بين اثنين اعتقه احدهما وهو موسر ولما كان متجزيا عنده كان شراه
نصيبه اعتاق لنصيبه خاصة فلم يكن افسادا لنصيب شريكه ولا
تمليكا لنصيبه ايضا لان ذلك ثبت لضرورة تكميل الاعتاق لضرورة
عدم التجزيه فاذا كان متجزيا عنده فلا ضرورة الى التكميل فلا حاجة
الى التملك والدليل عليه انه لا يجب الضمان اذا كان معسرا وضمان
الاتلاف والتملك لا يسقط بالاعسار وكان ينبغي ان لا يجب الضمان على
الشريك المعتق الا انا عرفنا وجوب الضمان ثمه مخالفا للاصول بالنص
نظرا للشريك الساكت وهو مستحق النظر اذ لم يوجد منه الرضاء
بمباشرة الاعتاق من الشريك ولا بمباشرة شرطه وههنا وجد لكل
واحد من المشتريين راض بشرا صاحبه وكيف لا يكون راضيا به
وان شرا كل واحد منهما شرط لصحة شرا صاحبه حتى لو اوجب البايع
لهما فقبل احدهما دون صاحبه لم يصح وكذا البايع نصف عبده من
ذي رحم محرم منه راض بشرايه ومن رضي بالضرر لا ينظر اليه فلم
يكن هذه المواضع نظير المنصوص عليه فيبقى الحكم فيها على الاصل
بخلاف العبد المشترك بين اثنين اباع احدهما نصيبه من ذي رحم محرم
منه لان هناك لم يوجد دليل الرضا من الدليل الساكت بشرا القريب
اصلا حتى يوجب سقوط حقه في الضمان فكان في معنى المنصوص
عليه فيلحق به **ثم وجه الكلام لابي حنيفه** على طريق الابتداء
وان سلم ان شرا نصيبه اعتاق لنصيبه وافساد لنصيب شريكه
لكن هذا افساد مرضي به من جهة الشريك لانه رضي بشرا نفسه واثبات
الملك له في نصيبه ولا يمكنه ذلك بدون شرا صاحبه لان الخلاف
فيما اذا اوجب البايع البيع لهما صفقة واحدة فلا بد وان يكون
القبول موافقا للايجاب اذ البايع ما رضي الا به **الا ترى** انه لو قال
بعت منكما فقبل احدهما ولم يقبل الاخر لم يصح البيع فكان الرضاء
بشرا نفسه رضا بشرا صاحبه فكان شرا القريب افساد النصيب
الشريك برضا الشريك فلا يوجب الضمان كما اذا كان العبد
مشتركا بين اثنين فقال احدهما لصاحبه اعتق نصيبك او رضيت
باعتاق نصيبك فاعتق لا يضمن كذا هذا **فان قيل** هذه النكته
لا تتمشى في الهبه فان احدهما اذا قبل الهبه دون الاخر يثبت له
الملك فلم يكن الشرا الرضا بقبول الهبه في نصيبه رضا بقبول صاحبه

فلم يكن هذا افسادا مرضيا به من جهة الشريك وكذا لا يتمشى فيما اذا لم
يعلم الشريك الاجنبي ان شريكه قريب العبد لانه اذا لم يعلم به لم يعلم
كون شرا الشريك اعتاقا لنصيبه فلا يعلم كونه افسادا لشريكه فلا
يثبت رضاه بالافساد لان الرضا بالشي بدون العلم به محال **قيل له**
ان هذا من باب عكس العله لانه اراه الحكم مع عدم العله وهذا تفسير العكس
والعكس ليس بشرط في العلل الشرعيه لجواز ان يكون لحكم واحد شرعي
علل فنحن نفينا وجوب الضمان في بعض الصور بما ذكرنا وتبقيه من
غيره بعلة اخرى ثم نقول اما فصل الهبه فنقول كل واحد منهما
وان لم يكن شرط صحة قبول الاخر حتى ينفرد كل واحد منهما بالقبول
لكنهما اذا قبلا جميعا كان قبولهما بمنزلة شي واحد لانه جواب
ايجاب واحد **مثاله** المصلي اذا قرا اية واحدة قصيرة او طويلة
على الاختلاف يتعلق بها الجواز ولو قرا عشر ايات او اكثر يتعلق
الجواز بالكل كاية واحدة كذا هذا **واما** فصل العلم فتخريجه على
جواب ظاهر الروايه وهو ان عند ابي حنيفه رحمه الله لا يجب الضمان
سوا علم او لم يعلم وعندهما يجب علم او لم يعلم نص عليه في الجامع
الصغير **اما** على اصلهما فظاهر لان الضمان عندهما يجب مع العلم
فمع الجهل اولى **واما** على اصل ابي حنيفه رحمه الله فلان سقوط ضمان
الاتلاف عند الاذن والرضا به لا يتوقف على العلم فان من قال لرجل
كل هذا الطعام والاذن لا يعلم انه طعام نفسه فاكله الرجل
لا يستحق الضمان عليه وان لم يعلم هذا وهذا لان حقيقة العلم
ليست بشرط في بنا الاحكام عليها بل المعتبر هو سبب حصول العلم
والطريق الموصل اليه وقيامه مقام حقيقة العلم كما يقام
سبب القدره مقام حقيقة القدره وطريق حصول العلم ههنا
في يده وهو السوال والفحص عن حقيقة الحال فاذا لم يفعل فقد
قصر فلا يستحق الضمان **وروي** بشر عن ابي يوسف رحمه الله
انه فصل بين العلم والجهل فقال ان كان الجهل الاجنبي يعرف ذلك
فان العبد يعتق ويسعى للاجنبي في قول ابي حنيفه وابي يوسف رحمهما
الله وان كان لا يعلم فهو بالخيار ان شا نقض البيع وان شا تم
عليه وهذا قول ابي حنيفه وابي يوسف رحمهما الله **ووجه هذه
الروايه** ان الشرا مع شركة الاب عيب فكان بمنزلة سائر العيوب
انه ان علم به المشتري يلزمه البيع كما في سائر العيوب وان لم يعلم به
لم يلزمه مع العيب واذا لم يلزم العقد في حق احد الشريكين لم
يلزم في حق الاخر فلا يعتق العبد ويثبت للمشتري حق الفسخ

وذكر في الجامع الصغير لو اشترى رجل نصف عبد ثم اشترى ابُ العبد النصف
الباقي وهو موسر فالمشتري بالخيار بمنزلة عبد بين شريكين اعتقه احدهما
لانه لم يوجد من المشتري الاجنبي ما هو دليل الرضا في سقوط الضمان عن
الاب فلا يسقط **وروي** عن ابي يوسف رحمه الله انه قال لو ان عبدا
اشترى نفسه هو واجنبي من مولاه فالبيع باطل في حصة الاجنبي لانه
اجتمع العتق والبيع في محل واحد في زمان واحد لان بيع نفس العبد
منه اعتاق على مال فلا يصح البيع بخلاف الرجلين اشتريا ابن
احدهما انه يصح وان اجتمع الشرا والعتق في عقد واحد لان الشرا
القريب يملك في الزمان الاول واعتاق في الزمان الثاني وانه
جائز لما بينا **وروي** عن ابي يوسف رحمه الله انه قال انه قال ان
ملكت من هذا العبد شيا فهو حر ثم اشتراه الحالف وابو صغفة
واحد عتق على العبد الاب وهذا على اصله لان العتق عنده
يتجزى وقد اجتمع للعتق سببان القرابة واليمين الا ان القرابة
سابقة على اليمين فاذا ملكاه صار كان الاب اسبق فيعتق من
نصيب كل واحد النصيبان عليه **ولهذا** قال في رجل قال ان اشترى
فلانا او بعضه فهو حر فادعى رجل اخر انه ابنه ثم اشتراه عتق عليهما
ونصف ولايته للذي اعتقه وهو ابن للذي ادعاه لان النسب
ههنا لم يسبق اليمين فيعتق نصيب كل واحد منهما عليه وولا
بينهما لانه عتق عليهما والولا للمعتق وان ملك ابنان ذا رحم
محرم من احدهما بسبب لا صنع لهما فيه بان ورثا عبدا وهو
قريب احدهما حتى عتق عليه لا يضمن نصيب شريكه موسرا كان
او معسرا ولكن يسعى العبد في نصف قيمته لشريكه في قولهم
جميعا لان العتق ههنا ثبت بالملك شرعا من غير اعتاق من جهة
احد من العباد اذ لا صنع لاحد من العباد في الارث ووجوب
الضمان على المرء يعتمد صنعا من جهته ولم يوجد من القريب
فلا يضمن والله الموفق **ومن هذا القبيل** الفاظ النسب
وذكرها لا يخلو اما ان يكون من جهة الصفة واما ان يكون على
سبيل النداء فان ذكرها على طريق الصفة بان قال لمملوكه هذا
ابني فهذا لا يخلو اما ان كان يصلح ابنا له فان كان مثله يولد لمثله
واما ان كان لا يصلح فلا يخلو اما ان يكون مجهول النسب او معروف
النسب من الغير فان كان مجهول النسب يصلح ابنا له فان كان
مجهول النسب يثبت النسب والعتق بالاجماع وان كان معروف
النسب من الغير لا يثبت النسب بلا شك ولكن يثبت النسب عندنا

وعند الشافعي رحمه الله لا يثبت العتق والاصل عنده ان العتق بنا على
النسب فان ثبت النسب ثبت العتق والا فلا وان كان لا يصلح ابنا له
لا يثبت النسب بلا شك وهل يعتق قال ابو حنيفة رحمه الله يعتق سوا
كان مجهول النسب او معروف النسب وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
لا يعتق **والاصل** عندهما ان العتق مبني على تصور النسب واحتمال
ثبوته فان تصور ثبوته ثبت العتق والا فلا **والاصل عند ابي حنيفة**
رحمه الله ان ثبوت العتق لا يتوقف على ثبوت النسب ولا على تصور
ثبوته وكذلك لو قال لمملوكته هذه بنتي فهو على التفصيل والاتفاق
والاختلاف الذي ذكرنا في الابن **وجه قولهما** ان العتق لو ثبت
لا يخلو اما ان يثبت ابتدا او بنا على ثبوت النسب لا وجه للاول لانه
لم يوجد الاعتاق ابتدا ولا سبيل الى الثاني **اما** عند الشافعي رحمه الله
فلان النسب لم يثبت في المسئلتين جميعا فلا يثبت العتق بنا عليه
واما عندهما فلان في المسئلة الثانية لا يتصور ثبوت النسب فلا
يثبت العتق وفي المسئلة الاولى يتصور ثبوت النسب منه حقيقة
بالزنا والاشتهار من غيره بنا على السبب الظاهر فيعتق والله اعلم
وجه ابي حنيفة رحمه الله ان كلام العاقل المتدين يحمل على الصحة
والسداد ما امكن لاعتبار عقله ودينه دلالة وامكن تصحيح هذا
الكلام من وجهي الكناية والمجاز **اما** الكناية فلوجود طريق الكناية
في اللغة وهو الملازمة بين الشيئين والمجاورة بينهما غالبا على وجه
يكون بينهما تعلق الوجود به او عنده او تعلق البقا ويكون الكناية
كالتابع للمكني والمكني هو المقصود فيترك اسم الاصل صريحا
ويكنى عنه باسم الملازم اياه التابع له كما في قوله تعالى او جا
احد منكم من الغايط والغايط اسم للمكان الخالي المطمئن من الارض
كني به عن الحدث لملازمة بين هذا المكان وبين الحدث عادة اذ
العادة ان الحدث يوجد في مثله هذا تسترا عن الناس وكذا الاستنجا
والاستجمار كناية عن تطهير موضع الحدث اذ الاستنجا طلب النجوه
والاستجمار طلب الجمره وكذا العرب تقول ما زلنا نطا السما حتى
اتينا كم اي نطا المطر اذ المطر ينزل من السما ونحو ذلك من مواضع
الاستعمال والبنوه في الملك ملازمة للحرية فجاز ان يكنى بقوله
هذا ابني عن قوله هذا معتقي وذكر الصريح والكناية في الكلام
سوا ولو صرح وقال هذا معتقي عتق فكذا اذا كنى به **واما المجاز**
فلان من طرقه المشابهة بين الذاتين في المعنى اللازم المشهور في
محل الحقيقة فيطلق اسم المستعار عنه على المستعار له لاظهار المعنى

الذي هو ظاهر في المستعار عنه خفي في المستعار له كما في الاسد مع الشجاع والحمار
مع البليد ونحو ذلك وقد وجد هذا الطريق ههنا من وجهين احدهما
ان الابن في اللغة اسم للمخلوق من ماء الذكر والانثى وفيه معنى ظاهر لازم
وهو كونه منعما عليه من جهة الاب بالاحياء لاكتساب سبب وجوده وبقائه
بالتربية والمعتق منعم عليه من جهة المعتق اذ الاعتاق انعام على
المعتق وقال الله تعالى واذ تقول للذي انعم الله عليه وانعمت
عليه قيل في التفسير انعم الله عليه بالاسلام وانعمت عليه بالاعتاق
فكان بينهما مشابهة في هذا المعنى وله معنى لازم مشهور فيجوز اطلاق
اسم الابن على المعتق مجازا لاظهار نعمة العتق كاطلاق اسم الاسد
على الشجاع والحمار على البليد والثاني ان بين معتق الرجل
وبين ابنه الداخل في ملكه مشابهة في معنى الحرية وهو معنى
لازم للابن الداخل في ملكه بحيث لا ينفك عنه وانه مشهور فيه
فوجد طريق الاستعارة فصحت الاستعارة وقد خرج الجواب
عن قولهم ان العتق انما يثبت ابتداء او بناء على النسب لانا نقول
ابتداء لكن باحد الطريقين وهو الكناية والمجاز على ما بينا ولا يلزم
ابا حنيفة ما اذا قال لامرأته هذه بنتي ومثلها لا يلد مثلها اذ لا تقع
الفرقة بينهما لان اقراره بكونها بنتا له ينفي النكاح لاجل النسب
وههنا لم يثبت النسب فلا ينتفي النكاح فاما ثبوت العتق فليس
يتوقف على ثبوت النسب والدليل على ان التفرقة بين المسئلتين
انه لو قال لزوجته وهي معروفة النسب من الغير هذه بنتي لم تقع
الفرقة ولو قال لامته هذه بنتي وهي معروفة النسب تعتق
وما افترقا الا لما قلنا وكذا لو قال لزوجته هذه بنتي وهي
تصلح بنتا له ثم قال اوهمت او اخطات لا تقع الفرقة ولو قال
لامته هذه بنتي وهي تصلح بنتا له ثم قال اوهمت او اخطات يقع
العتق فدل على التفرقة بينهما وكذا لو قال هذا ابي فان كان
يصلح ابا له وليس للقائل اب معروف يثبت النسب والعتق بلا
خلاف وان كان يصلح ابا له ولكن للقائل اب معروف لا يثبت
النسب ويعتق عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وان كان لا يصلح
ابا له لا يثبت النسب بلا شك ولكن يعتق عند ابي حنيفة رحمه الله
وعندهما لا يعتق وكذا لو قال له هذه امي فالكلام فيه كالكلام في الاب
واما الكلام في الحرية بان كان المملوك امة ففي كل موضع يثبت النسب
يثبت الحرية والا فلا ولو قال لعبده هذه بنتي او قال لامته هذا
ابني اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يعتق وقال بعضهم لا يعتق

ولو قال لمملوكه هذا عمي او خالي يعتق بلا خلاف بين اصحابنا ولو قال هذا
اخي او اختي ذكر في الاصل انه لا يعتق بخلاف قوله هذا ابني او امي او عمي
او خالي وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه يعتق كما في قوله
عمي او خالي وجه هذه الرواية انه وصف مملوكه بصفة من يعتق
عليه اذا ملكه فيعتق عليه كما لو قال هذا خالي او عمي وجه رواية
الاصل ان قوله هذا اخي يحتمل تحقيق العتق ويحتمل الاكرام
والتحقيق لانه يستعمل في ذلك عرفا وشرعا قال الله تعالى
فان لم تعلموا اباءهم فاخوانكم في الدين فلا يحمل على العتق من غير نية
بخلاف اسم الخال والاب والعم لانه لا يستعمل في الاكرام عرفا وعادة
فلا يقال هذا عمي او خالي على ارادة الاكرام فكان ذكره للتحقيق
وبخلاف قوله هذا ابني او هذا ابي لانه لا يستعمل في الاكرام عرفا
وشرعا ومنع الشرع من ذلك قال الله تعالى وما جعل ادعياءكم
ابناءكم ادعوهم لابائهم هو اقسط عند الله فان لم تعلموا اباءهم
فاخوانكم في الدين ومواليكم وروي انهم كانوا يسمون زيد بن
حارثة زيد بن محمد فنزل قوله تعالى ما كان محمد ابا احد من رجالكم
ولكن رسول الله وخاتم النبيين فكفوا عن ذلك وان لم يكن
مستعملا في الاكرام حمل على التحقيق واما النداء فهو ان يقول يا ابني
يا ابي يا ابنتي يا امي يا خالي يا عمي او يا اخي يا اختي على رواية الحسن
بن زياد ولا يعتق في هذه الفصول لان الغرض بذكر اسم النداء
هو استحضار المنادي لا تحقيق معنى الاسم فيه الا اذا كان الاسم
موضوعا له على ما بينا فاحتمل انه اراد به النداء على طريق الاكرام
دون تحقيق العتق فلا يحمل على التحقيق من غير نية ولو قال لعبده
يا ابن او لامته يا ابنة لا يعتق لعدم الاضافة الى نفسه
ولو قال يا بني يا بنيتي يعتق لوجود الاضافة واما الكناية
فنحو قوله لا سبيل لي عليك او لا ملك لي عليك او خليت سبيلك
او خرجت عن ملكي فان نوى العتق يعتق والا فلا لان كل واحد من
هذه الالفاظ تحتمل العتق وتحتمل غيره فان قوله لا سبيل لي
عليك يحتمل سبيل اللوم والعقوبة اي ليس لي عليك سبيل اللوم
والعقوبة لوفائك بالخدمة والطاعة ويحتمل لا سبيل لي عليك
لاني كاتبتك فزالت يدي عنك ويحتمل لا سبيل لي عليك لاني اعتقتك
فلا يحمل الا بالنية على العتق الا بالنية ويصدق اذا قال نويت
به غير العتق الا اذا قال لا سبيل لي عليك الا سبيل الولاء فانه يعتق
في القضاء ولا يصدق انه اراد به غير العتق لانه نفى كل سبيل واثبت

سبيل الولا واطلاق الولا يراد به ولا العتق وذلك لا يكون الا بعد العتق
ولو قال الا سبيل الموالاة دين في العقبا لان مطلق الموالاه يراد بها او
يستعمل في ولا الدين وولا العتق فاي ذلك نوي يصدق في القضا وقوله
لا ملك لي عليك يحتمل ملك اليد اي كاتبتك فزال يدي عنك ويحتمل لا ملك
لي عليك لاني بعتك ويحتمل لا ملك لي عليك لاني اعتقتك فيتوقف على النيه
وقوله خليت سبيلك يحتمل سبيل الاستخدام اي لا استخدمك ويحتمل عتقك ٥
ولو قال امرك بيدك او اختر وقف على النيه لانه يحتمل العتق وغيره
فكان كنايه ولو قال امر عتقك بيدك وجعلت عتقك في يدك او قال
له اختر العتق او خيرتك في عتقك او في العتق لا يحتاج فيه الى النية
لانه صريح لكن لا بد من اختيار العبد العتق ويتوقف على المجلس لانه
تمليك وقوله خرجت عن ملكي يحتمل ملك التصرف فيكون بمعنى كاتبتك
ويحتمل اعتقتك ولو قال لمملوكه نسبك حر فان كان يعلم انه نسبي
لا يعتق وان لم يكن سبي يعتق لان الاصل ان حرية المسبي بطلت ٥
بالسبي فبقي الحكم في غير المسبي على الاصل **ولو** قال لعبده انت لله
لم يعتق **وجه قوله** ان قوله لله يحتمل ان يكون بيان جهة القربه
للاعتاق المحذوف فاذا نوي العتق يعتق كما لو قال انت حر لله ٥
وجه قول ابي حنيفه ان الاعتاق اثبات صفه للمملوك لم تكن ٥
ثابتة قبل الاعتاق لانه اثبات العتق ولم يوجد لان كونه لله
كان ثابتا قبل الاعتاق فلم يكن هذا اعتاقا فلا يعتق ولو قال
انت عبد الله لا يعتق بلا خلاف اما على قول ابي حنيفه رحمه الله ٥
فظاهر لما ذكرنا ان الاعتاق انشا العتق فيقتضي ان لا يكون ثابتا
قبله وكونه عبد الله صفة ثابتة له قبل هذه المقاله **واما**
على قول ابي يوسف فلان قوله عبد الله لا يحتمل ان يكون جهة القربه
للاعتاق وقوله لله يحتمل ذلك **و** قوله لله يحتمل ذلك **وروي**
عن ابي يوسف رحمه الله انه قال اذا قال لعبده قد جعلتك في صحته
او مرضه وقال لم انو العتق او لم يقل شيا حتى مات قبل ان يبين لا
يعتق وان نوي العتق عتق وكذلك اذا قال لعبده هذا في مرضه
فمات قبل ان يبين فهو عبد ايضا لانه يحتمل انه اراد بهذا اللفظ ٥
النذر ويحتمل انه اراد به العتق فلا يعتق الا بالنيه ولا يلزم الورثه
بعد الموت الصدقه لان النذر يسقط بالموت عندنا **وروي** عن
ابي يوسف رحمه الله انه اذا قال لامته اطلقتك يريد به العتق تعتق
لان العتق ازالة اليد والمرء يزيل يده عن عبده بالعتق ويعبر العتق
بالكنايه فاذا نوي به العتق عتق كما لو قال لها خليت سبيلك ولو

ولو قال لها طلقتك يريد به العتق لا يعتق عندنا لما نذكر ولو قال
فرجك علي حرام يريد به العتق لم يعتق لان حرمة الفرج مع الرق ٥
يجتمعان كما لو اشتري اخته من الرضاعة او جاريه قد وطي امها او بنتها
او جاريه مجوسيه انها لا تعتق **وروي** عن ابي يوسف رحمه الله اذا
قال لعبده ان تح ر او قال لزوجته ان ت طا لق فتهجا ذلك
هجا انه ان نوي العتق والطلاق وقع لانه يفهم من هذه الحروف
عند انفرادها ما يفهم عند التركيب والتاليف الا انها ليست
بصريحة في الدلاله على المعني لانها عند الانفراد لم توضع للمعني
فصارت بمنزلة اللفظ الذي فيها ضرب استتار والابهام لان
الانسان قد يكتب ذلك لا لارادة العتق وقد يكتب لتجويد الخط
فالتحق بسائر الكنايات فافتقر الى النيه والكلام في هذا كالكلام
في الطلاق وقد ذكرناه في الطلاق وكذا الاشاره من الاخرس
اذا كانت معلومة من المفهومه المراد لانها في الدلالة على المراد
وكذا الاشاره من الاخرس اذا كانت معلومة في حقه كالعباره
كما في الطلاق **والاصل** في قيام الاشاره مقام العباره قوله تعالى
خطابا لمريم صلوات الله عليها فقولي اني نذرت للرحمن صوما
اي صمتا وامساكا وذلك على الاشاره لا على القول منها وقد
سماه قولا فدل انها تعمل عمل القول **واما** الالفاظ التي لم يقع
بها العتاق اصلا نوي او لم ينو فنحو ان يقول لعبده قم او اقعد
او اسقني ونوي به العتق لان هذه الالفاظ لا يحتمل العتق ٥
فلا يصح فيها نية العتق وكذا لو قال لا سلطان لي عليك لان ٥
السلطنه عبارة عن نفاذ المشيه على وجه القهر فانتفاؤها لا يقتضي
انتفا الرق كالمكاتب فلا يقتضي العتق بخلاف قوله لا سبيل لي
عليك لانه نفي السبيل كلها ولا تنتفي السبل عليها مع قيام الرق
الا تري ان للمولي على مكاتبه سبيل المطالبه ببدل الكتابه وكذا
السلطان يحتمل الحجة ايضا فقوله لا سلطان لي عليك اي لا حجة لي
عليك وانتفا حجته على عبده لا توجب حريته وكذا لو قال لعبده
اذهب حيث شئت او توجه اين شئت من بلاد الله يريد به العتق
او قال له انت طالق او طلقتك او انت باين او ابنتك او قال لامته منك
انت طالق او طلقتك او انت باين او ابنتك او انت علي حرام او حرة
او انت خليه او بريه او بتة او اذهبي او اخرجي او اعزبي او تقنعي
او استتري او اختاري ينوي به العتق فاختارت وغير ذلك مما
ذكرنا في الطلاق **وهذا** عندنا **وعند** الشافعي رحمه الله يقع العتق بها

الكنايه فيتوقف على النيه واما ما تقوم ... الكنايه مقام اللفظ في الدلالة على العتق ... على المراد ذكره المستنبه لا تنافي الدلاله على ... اللفظ

اذا نوي **ولقب المسئله** ان صريح الطلاق وكناياته لا يقع بهما العتاق
عندنا خلافا له **وجه قوله** ان قوله لمملوكه انت طالق او طلقتك
اثبات الانطلاق او ازالة القيد وانه نوعان **كامل** وذلك بزوال
الملك والرق وهو تفسير العتق **وناقص** وذلك بزوال اليد
لا غير كما في المكاتب والماذون فاذا نوي به العتق فقد نوي احد
النوعين فنوي ما يحتمله كلامه فصحت نيته ولهذا لو قال
لزوجته انت حره ونوي به الطلاق كذا هذا **ولنا** ان هذه
الالفاظ المضافة الي المملوك عبارات عن زوال يد المالك عنه
اما قوله انت طالق فلان الطلاق عبارة عن رفع القيد والقيد
عبارة عن المنع من العمل لا عن الملك والمانع يد المالك فرفع المنع يكون
بزوال يده وزوال يد المالك عن المملوك لا يقتضي العتق كالمكاتب
وكذا قوله اذهب حيث شئت او توجه الي اين شئت لانه عبارة
عن رفع يده عنه وانه لا ينفي الرق كالمكاتب **وبه تبين** ان القيد
ليس بمتنوع بل هو نوع واحد وزواله عن المملوك لا يقتضي
زوال الملك كالمكاتب وكذا قوله انت باين او بتتك لانه ينبئ
عن الفصل والتبعيد وكذا التحريم يجامع الرق كالاخت
من الرضاعة والامة المجوسية ونحو ذلك بخلاف قوله لامراته
انت حره لان التحرير تخليص والقيد ثبوت فيناسبه ولان ملك
اليمين لا يثبت بلفظ النكاح وما لا يملك بلفظ النكاح لا يزول
الملك عنه بلفظ الطلاق كساير الاعيان وهذا لان الطلاق
رفع ما ثبت بالنكاح واذا لم يثبت ملك اليمين بلفظ النكاح
لا يتصور رفعه بلفظ الطلاق بخلاف قوله لامراته انت حره
ونوي به الطلاق لان ملك المتعه لا يختص ثبوته بلفظ النكاح
فانه كما يثبت بلفظ النكاح يثبت بغيره من الشرا وغيره فلا
يختص زواله بلفظ الطلاق **الا تري** انه يزول بردة المراة
وكذا بشرايها بان اشتري الزوج امراته فجاز ان يزول
بلفظة التحرير ولو قال لعبده راسك راس حر او بدنك بدن
حر او فرجك فرج حر لم يعتق لان هذا تشبيه لكن بحذف حرف
التشبيه **قال الله تعالى** وهي تمر مر السحاب اي كمر
السحاب **وقال الشاعر**
وعيناك عيناها وجيدك جيدها ۝ سوي ان عظم الساق منك دقيق
وتشبيه الشي بالشي لا يقتضي المشاركة بينهما في جميع الصفات
وهذا معني قولهم كلام التشبيه لا عموم له **قال الله تعالى** كانهن

الياقوت

الياقوت والمرجان وقال كانهن بيض مكنون فلا يعتق ولو قال
راسك راس حر وبدنك بدن حر وفرجك فرج حر فهو حر لان هذا ليس
بتشبيه بل هو وصف وقد وصف جملته او ما يعبر به عن جملته
بالحريه فيعتق ولو قال ما انت الا مثل الحر وانت مثل الحر لم يعتق
في القضا ولا فيما بينه وبين الله تعالي كذا ذكر في الاصل لان هذا
تشبيه بحرف التشبيه والتشبيه لا يقتضي المشاركة في جميع الصفات
بخلاف قوله ما انت الا حر لان ذلك ليس بتشبيه بل هو تحرير لانه
نفي واثبات والنفي ما زاده الا تاكيدا كقول القايل لغيره
ما انت الا فقيه **وروي** عن ابي يوسف رحمه الله انه قال اذا قال
كل امراة لي ما لي حر وله عبيد لم يعتقوا لانه جمع بين العبيد وغيرهم
من الاموال ووصف الكل بالحريه بقوله كل ما لي حر ومعلوم ان
غير العبيد من الاموال لا يحتمل الوصف بالحرية التي هي العتق
فينصرف الوصف بالحريه الي الحرية التي يحتملها الكل وهي ان يكون
جميع امواله خالصة صافية له لا حق لاحد فيها فلا يعتق عبيده
والله الموفق **فصل واما** شرايط الركن فانواع **بعضها** يرجع الي
المعتق خاصة **وبعضها** يرجع الي المعتق خاصة **وبعضها** يرجع اليهما
جميعا **وبعضها** يرجع الي نفس الركن **اما** الذي يرجع الي المعتق
خاصة **فمنها** ان يكون عاقلا حقيقة او تقديرا حتي لا يصح الاعتاق
من المجنون والصبي الذي لا يعقل كما لا يصح الطلاق منهما **واما**
المجنون الذي يجن في حال ويعقل في حال فما يوجد منه في حال افاقته
فهو فيه بمنزلة ساير العقلا وما يوجد منه في حال جنونه فهو
فيه بمنزلة المجنون المطبق اعتبارا للحقيقة **واما** السكران فاعتاقه
كطلاقه وقد مر ذلك في كتاب الطلاق **ومنها** ان لا يكون معتوها
ولا مدهوشا ولا مبرسما ولا مغمي عليه ولا نايما حتي لا يصح الاعتاق
من هولا كما لا يصح الطلاق منهم لما ذكرنا في الطلاق **ومنها** ان يكون
بالغا فلا يصح الاعتاق من الصبي وان كان عاقلا كما لا يصح الطلاق
منه ولو قال رجل اعتقت عبدي وانا صبي او قال وانا نايم
كان القول قوله **والاصل** فيه انه اذا اضاف الاعتاق الي حال
معهود لكون وهو ليس من اهل الاعتاق فيها يصدق بان قال
اعتقته وانا صبي او انا نايم او مجنون وقد علم جنونه او انا حربي
في دار الحرب على اصل ابي حنيفه ومحمد رحمهما الله وقد علم ذلك
منه لانه اذا اضاف الاعتاق الي زمان لا يتصور منه الاعتاق
علم انه اراد به صيغة الاعتاق لا حقيقة الاعتاق فلم يصر معتوقا

بالاعتاق ولو قال اعتقته وانا مجنون ولم يعلم جنونه لا يصدق لانه
اذا اضافه الى حال لا يتيقن وجودها فالظاهر انه اراد الرجوع
عما اقر به فلا يقبل منه ولو قال اعتقته قبل ان اخلق او قبل ان
تخلق لا يعتق لان زمان ما قبل الخلاقة والخلاق العبد معلوم
فقد اضاف الاعتاق الى زمان معلوم العدم ولا يتصور منه
فيه الاعتاق فلا يعتق واما كونه طايعا فليس بشرط عندنا
خلافا للشافعي والمسئلة مرت في كتاب الطلاق بتوفيق الله
وكونه جادا ليس بشرط بالاجماع حتى يصح اعتاق الهازل وكذا
كونه عامدا حتى يصح اعتاق الخاطي لما ذكرنا في الطلاق وكذا
التكلم باللسان ليس بشرط فيصح الاعتاق بالكتابة المستبينة
والاشارة المفهمة وكذا الخلو عن شرط الخيار ليس بشرط في
الاعتاق بعوض وبغير عوض اذا كان الخيار للمولى حتى يقع العتق
ويبطل الشرط اما اذا كان بغير عوض فظاهر لان ثبوت الخيار
لفائدة الفسخ والاعتاق بغير عوض لان العوض من جانب
المولى هو العتق وانه لا يحتمل الفسخ فلا معنى للخيار فيه وان
وان كان الخيار للعبد فخلوه عن خياره شرط صحته حتى لو رد
العبد العقد في مدة الخيار ينفسخ العقد ولا يعتق لان
العوض في جانبه هو المال فكان محتملا للفسخ فيصح شرط الخيار
فيه كما في الطلاق على مال وقد ذكرناه في كتاب الطلاق وعلى
هذا الصلح من دم العمد بشرط الخيار ان الخيار ان كان مشروطا
للمولى يبطل الخيار ويصح الصلح لان الخيار لثبوت الفسخ والذي
من جانب المولى هو العفو لا يحتمل الفسخ وان كان الخيار للقاتل
جاز لان ما هو العوض من جانبه وهو المال قابل للفسخ ثم
اذا اجاز الخيار وفسخ القاتل العقد هل يبطل العفو فالقياس
ان يبطل لانه تعلق بشرط المال ولم يسلم المال وفي الاستحسان
لا يبطل ويلزم القاتل الدية كذا روي عن محمد رحمه الله اما
صحة العفو وسقوط القصاص فلان عفو الولي يصير شبهة
والقصاص يسقط بالشبهات واما وجوب الدية فلان الولي
لم يرض باسقاطه بغير عوض ولا عوض الا الدية اذ هي قيمة
النفس ثم فرق بين الاعتاق على مال وبين الكتابة فانه
يجوز فيها شرط الخيار للمولى لانها عقد معاوضة يلحقها الفسخ
فيجوز شرط الخيار للمولى لانها عقد معاوضة يلحقها الفسخ
فيجوز شرط الخيار في طرفيها كالبيع بخلاف الاعتاق على مال

والله

والله الموفق وكذا اسلام المعتق ليس بشرط فيصح الاعتاق من الكافر الا ان
اعتاق المرتد لا ينفذ في الحال في قول ابي حنيفة رحمه الله بل هو موقوف
وعندهما نافذ واعتاق المرتدة نافذ بلا خلاف والمسئلة نذكرها في كتاب
السير ان شاء الله تعالى وكذا صحة المعتق فيصح الاعتاق من المريض مرض
الموت لان دليل الجواز لا يوجب الفصل الا ان الاعتاق من المريض يعتبر
من الثلث لانه يكون وصية ومنها النية في احد نوعي الاعتاق
وهو الكناية دون الصريح ويستوي في صريح الاعتاق وكنايته ان
يكون ذلك بمباشرة المولى بنفسه على طريق الاصالة او بغيره على
طريق النيابة عن المولى باذنه وامره وذلك انواع ثلاثة تفويض
وتوكيل ورسالة فالتفويض هو التخيير والامر باليد صريحا
وكناية على ما بينا والامر بالاعتاق كقوله اعتق نفسك وقوله انت حر
ان شئت والتوكيل هو ان يامر غيره باعتاقه بان يقول لغيره
اعتق عبدي فلانا من غير التقييد بالمشية والرسالة معروفة وقد
فسرناها في الطلاق والحكم في الفضولي في العتاق كالحكم فيها في الطلاق
وقد استوفينا الكلام فيها في كتاب الطلاق بتوفيق الله ومنها
عدم الشك في الاعتاق هو شرط الحكم بثبوت العتق فان كان شاكا
فيه لا يعتق ولا يحكم بثبوته لما ذكرنا في الطلاق واما الذي يرجع الى المعتق
خاصة فمنها ان يكون المضاف اليه العتق موجودا بيقين فان لم يكن
لم تصح الاضافة بان قال لجارية مملوكة له حمل هذه الجارية حر او ما
في بطن هذه الجارية حر فان ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت
التكلم عتق وان ولدت لستة اشهر فصاعدا لم يعتق لانها اذا ولدت
لاقل من ستة اشهر من وقت اليمين تيقنا بوجوده في ذلك الوقت لان
المراة لا تلد لاقل من ستة اشهر فاذا ولدت واحدا لاقل منها بيوم ثم
ولدت آخر لاكثر منها بيوم عتقا جميعا لان الاول عتق لكونه في البطن
يوم الكلام فاذا عتق الاول عتق الثاني لانهما توأم واما اذا جاءت
به لستة اشهر فصاعدا من وقت التكلم فلا نستيقن بوجوده وقت
التكلم لاحتمال حدوثه بعد ذلك فوقع الشك ومنها الاضافة الى بدن
المعتق او الى جزء شايع عندنا خلافا للشافعي حتى لو اضاف الى جزء
معين لا يعبر به عن جميع البدن لا يصح عندنا وعنده يصح كما في الطلاق
غير انه اذا اضاف العتق الى جزء شايع منه لا يعتق كله عند ابي حنيفة
رحمه الله وانما يعتق قدر ما اضاف اليه لا غير وعند ابي يوسف ومحمد
رحمهما الله يعتق كله وفي الطلاق تطلق كلها بلا خلاف بناء على ان العتق
يتجزى عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يتجزى والطلاق لا يتجزى بالاجماع

فابو حنيفه رحمه الله يحتاج الى الفرق بين الطلاق والعتاق **ووجه الفرق له** ان ملك النكاح لا يراد به الا الوطي والاستمتاع وذلك لا يتحقق في البعض دون البعض فلا يكون اثبات الحكم للطلاق حقيقه في البعض دون البعض مفيدا فلزمنا القول بالتكامل فاما اليمين فلم يوضع للاستمتاع والوطي فانه يثبت مع حرمة الوطي والاستمتاع كالامة المجوسيه والمحرمه بالرضاع والمصاهره وانما وضع للاسترباح او الاستخدام وذلك يتحقق مع قيام الملك في البعض دون البعض فكان ثبوت العتق في البعض دون البعض مفيدا فهو الفرق فلا ضرورة الى التكامل وأما كون المضاف اليه العتق معلوما فليس بشرط لصحة الاضافه عند عامة العلما رضي الله عنهم فيصح اضافته الى المجهول بان قال لعبده احدكما حر او قال هذا حر او هذا او قال ذلك لامتيه وقال نفاة القياس شرط حتى لا تصح الاضافه الى المجهول عندهم والكلام في العتاق على نحو الكلام في الطلاق وقد ذكرناه في كتاب الطلاق **ومنها** قبول العبد في الاعتاق على مال فما لم يقبل لا يعتق **ومنها** المجلس وهو مجلس الاعتاق وان كان العبد حاضرا في مجلس العلم او كان غايبا لما نذكر في موضعه ان شا الله تعالى **واما الذي يرجع اليهما جميعا** فهو الملك اذ المالك والمملوك من الاسما الاضافيه والعلقة التي تدور عليها الاضافه من الجانبين هي الملك فيكون المعتق مملوك المعتق رقبه وقت ثبوت العتق شرط ثبوته فيحتاج في هذا الفصل الى بيان كون المعتق مملوك المعتق رقبة وقت ثبوت العتق شرط ثبوته والى بيان انه يشترط هل يكون مملوكه وقت الاعتاق وهو التكلم بالعتق ام لا والى بيان من يدخل تحت مطلق اسم المملوك في الاعتاق المضاف اليه ومن لا يدخل **اما الاول** فالدليل على اعتبار هذا الشرط قوله صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم ولان زوال ملك المحل شرط ثبوت العتق فيه ولا بد للزوال من سابقة الثبوت **وعلى هذا** يخرج اعتاق عبد الغير بغير اذنه لانه لا ينفذ لعدم الملك ولكن يتوقف على اجازة المالك عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يتوقف وهي مسيلة تصرفات الفضولي وموضعها كتاب البيوع وكذا العبد الماذون لا يملك الاعتاق وكذا المكاتب لانعدام الرقبه وكذا لو اشترى العبد الماذون او المكاتب ذا رحم محرم منه لا يعتق عليه ولو اشترى العبد الماذون ذا رحم محرم من مولاه فان لم يكن عليه دين مستغرق لرقبته عتق عليه لانه اذا لم يكن عليه دين فقد ملكه المولى فيعتق عليه كما لو اشتراه بنفسه وان كان عليه دين مستغرق

لرقبته

لرقبته عتق عليه لانه اذا لم يكن عليه دين فقد ملكه المولى فيعتق عليه كما لو اشتراه بنفسه وان كان عليه دين مستغرق لرقبته لا يعتق عند ابي حنيفه رحمه الله وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يعتق بناء على ان المولى لا يملك كسب عبده الماذون المديون عنده وعندهما يملك وهي من مسايل الماذون ولو اشترى المكاتب ابن مولاه او ذا رحم محرم من مولاه لم يعتق في قولهم جميعا لان المولى لم يملكه لانه من كسب المكاتب والمولى لا يملك اكساب مكاتبه فلا يعتق ولو اشترت المكاتبه ابنها من سيدها عتق لان اعتاق المولى ينفذ في المكاتبه وولدها فيعتق من طريق الحكم لاجل النسب ويجوز اعتاق المولى المكاتب والعبد الماذون والمشترا قبل القبض والمرهون والمستاجر لقيام ملك الرقبه وكذا العبد الموصي برقبته لانسان وبخدمته لاخر اذا اعتقه الموصى له بالرقبه لما قلنا **وعلى هذا** الاصل يخرج قول ابي يوسف في الحربي اذا اعتق عبدا حربيا له في دار الحرب انه يعتق لقيام الملك واما عند ابي حنيفه رحمه الله ومحمد فلا يعتق ولا خلاف في انه اذا اعتقه وخلى سبيله يعتق منهم من قال لا خلاف في العتق انه يعتق وانما الخلاف في الولا انه هل يثبت منه ام لا ذكر الطحاوي عن ابي حنيفه رحمه الله ان للعبد ان يوالي من شا ولا يكون ولاه للمعتق والصحيح ان الخلاف ثابت في العتق فانهم قالوا في الحربي اذا دخل الينا ومعه مماليك وقال هم مدبرون انه لا يقبل قوله ولو قال هم اولادي او هن امهات اولادي قبل قوله فهذا يدل على ان التدبير لا يثبت في دار الحرب ورواية الطحاوي عن ابي حنيفه محمولة على ما اذا خرج الى دار الاسلام فلا ولا له عليه عندهما لانه لم يعتق باعتاقه وانما عتق بخروجه الى دار الاسلام وعند ابي يوسف رحمه الله عتق باعتاقه فولاوه له **وجه قول ابي يوسف** في مسيلة العتق انه اعتق ملك نفسه فيعتق كما لو باعه وكما لو كان في دار الاسلام فاعتق عبدا له حربيا او مسلما او ذميا وكالمسلم اذا اعتق عبده المسلم في دار الحرب ولا شك انه اعتق ملك نفسه فيعتق كما لو باعه لان اموال اهل الحرب املاكهم حقيقة **الا ترى** انهم يرثون ويورث منهم ولو كانت جارية يصح من الحربي استيلادها الا انه ملك غير معصوم **ولهما** ان اعتاق الحربي عبده الحربي في دار الحرب بدون التخليه لا يفيد معنى العتق لان العتق عبارة عن قوة حكميه تثبت للمحل يندفع بها يد الاستيلا والتملك عن نفسه وهذا لا يحصل بهذا الاعتاق بدون التخليه لان يده عليه تكون قايمة حقيقة وملك اهل الحرب في دار الحرب في ديانتهم بنا على القهر

الحسي والغلبة الحقيقية حتى ان العبد اذا قهر مولاه فاستولى عليه ملكه
واذا لم توجد التخلية كانت تحت يده وقهره حقيقة فلا يظهر معنى العتق
هذا معنى قول المشايخ معتق بلسانه مسترق بيده بخلاف ما اذا
اعتق في دار الاسلام لان يد الاستيلاء والتملك تنقطع بثبوت العتق
في دار الاسلام فيظهر معنى العتق وهو القوة الدافعة يد الاستيلاء
وبخلاف المسلم اذا اعتق عبده المسلم في دار الحرب لان المسلم لا
يدين الملك بالاستيلاء والغلبة الحقيقية ولو كان عبده حربيا فاعتقه
المسلم في دار الحرب يعتق من غير تخلية استحسانا والقياس ان لا يعتق
عندهما كالحربي اذا اعتق عبده الحربي في دار الحرب **ومنهم** من جعل
المسئلة على الاختلاف **وعلى** هذا الخلاف اذا ملك الحربي في دار الحرب
ذا رحم محرم منه انه لا يعتق عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعندهما
ابي يوسف يعتق لان ملك القريب يوجب العتق فكان الخلاف فيه
كالخلاف في الاعتاق **واما** الثاني فالاعتاق لا يخلو اما ان يكون تنجيزا
واما ان يكون تعليقا بشرط واما ان يكون اضافة الى وقت فان
كان تنجيزا يشترط قيام الملك وقت وجوده لان التنجيز اثبات العتق
للحال ولا عتق بدون الملك وان كان تعليقا فالتعليق في الاصل
نوعان تعليق محض ليس فيه معنى المعاوضة وتعليق يكون فيه
معنى المعاوضة فيكون تعليقا من وجه ومعاوضة من وجه
والتعليق المحض نوعان ايضا **و** التعليق المحض نوعان ايضا
تعليق بما سوى الملك وسببه من الشروط وتعليق بالملك
او بسبب الملك وكل واحد منهما على ضربين تعليق صورة ومعنى
وتعليق معنى لا صورة فيقع الكلام في الحاصل في موضعين
احدهما في بيان انواع التعليق ما يشترط لصحته قيام الملك
وقت وجوده وما لا يشترط **والثاني** في بيان ما يظهر به وجود
الشرط **اما الاول** فاما التعليق المحض بما سوى الملك وسببه
من الشروط فنحو التعليق بدخول الدار وكلام زيد وقدوم عمرو ونحو
ذلك بان يقول لعبده ان دخلت الدار فانت حر او ان كلمت فلانا
او اذا قدم فلان ونحو ذلك وانه تعليق صورة ومعنى لوجود حرف
التعليق والجزاء وهذا النوع من التعليق لا يصح الا في الملك حتى لو قال
لعبد لا يملكه ان دخلت الدار فانت حر ثم اشتراه فدخل الدار لا يعتق
لان تعليق العتق ليس الا اثبات العتق عند وجود الشرط لا محالة
ولا عتق بدون الملك ولا يوجد الملك عند وجود الشرط الا اذا كان

كان موجودا وقت التعليق لان الظاهر عدمه عند وجود الشرط فلا يثبت
العتق عند وجوده لا محالة ولا عتق بدون الملك ولان اليمين بغير الله
تعالى شرط وجزاء والجزاء ما يكون غالب الوجود عند وجود الشرط او
متيقن الوجود عند وجوده لتحصيل معنى اليمين وهو التقوي على
الامتناع او على التحصيل فاذا كان الملك ثابتا وقت التعليق
كان الجزاء غالب الوجود عند وجود الشرط لان الظاهر بقاء الملك
الى وقت وجود الشرط فيحصل معنى اليمين وكذا اذا اضاف اليمين
الى الملك او سببه كان الجزاء متيقن الوجود عند وجود الشرط
فاما اذا لم يكن الملك موجودا وقت اليمين ولا وجدت الاضافة الى
الملك وسببه لم يكن الجزاء غالب الوجود عند وجود الشرط ولا متيقن
الوجود عند وجوده بل كان محتملا الوجود والعدم احتمالا على السواء
بل كان غالب العدم للحال فكان الظاهر بقاؤه على العدم فلا
يحصل معنى اليمين فلا تنعقد اليمين ثم اذا وجد التعليق في الملك حتى
حتى لو قال لعبد لا يملكه ان دخلت الدار وانت في ملكي فانت حر
يصح حتى لو اشتراه فدخل الدار يعتق لوجود الاضافة الى الملك
فكان الجزاء متيقن الوجود عند وجود الشرط فيحصل معنى اليمين
فتنعقد اليمين ثم اذا وجد التعليق في الملك حتى صح فالعبد على
ملكه في جميع الاحكام قبل وجود الشرط واذا وجد الشرط وهو في ملكه
يعتق وان لم يكن في ملكه تنحل اليمين لا الى جزاء حتى لو قال لعبده
ان دخلت الدار فانت حر فباعه قبل دخول الدار فدخل الدار
وهو ليس في ملكه يبطل اليمين ولو لم يدخل الدار حتى اشتراه
ثانيا فدخل الدار عتق لان اليمين لا يبطل بزوال الملك لان في
بقائها فائدة لاحتمال العود بالشراء وغيره من اسباب الملك
الا انه لم ينزل الجزاء عند الشرط لعدم الملك فاذا عاد الملك
واليمين قائمة عتق على ما ذكرنا في الطلاق ولو قال لعبده
ان بعتك فانت حر فباعه بيعا صحيحا لا يعتق لعدم الملك له
فيه عند الشرط ولو باعه بيعا فاسدا وهو في يده حنث
لوجود الملك له فيه ولو كان التعليق في الملك بشرطين يراعى
قيام الملك عند وجود الشرط الاخير عندنا خلافا لزفر حتى لو
قال لعبده ان دخلت هذين الدارين فانت حر فباعه قبل
دخول الدار فدخل احدى الدارين ثم اشتراه فدخل الدار الاخرى
يعتق عندنا وعند زفر لا يعتق والمسئلة مرت في كتاب الطلاق
ولو قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر يعتبر قيام الملك عنده

وجود الشرط الاخير الدخول ايضا لان دخل الدخول شرط انعقاد اليمين
واليمين باقية ولا ينعقد الا في الملك او مضافة الى الملك او بسببه
كانه قال له عند الدخول ان كلمت فلانا فانت حر ولو قال لعبده انت
حر ان شئت او احببت او رضيت او هويت او قال لامته ان كنت تحبيني
او تبغضيني او اذا حضت فانت حرة فالجواب فيه كالجواب في الطلاق
وقد ذكرنا هذه المسائل واحوالها في كتاب الطلاق ولو قال انت
حر ان لم يشا فلان فان قال فلان شئت في مجلس علمه لا يعتق لعدم
الشرط وان قال لا اشا يعتق لكن لا بقوله لا اشا لان له ان يشا في
المجلس بل لبطلان المجلس باعراضه واشتغاله بشي اخر بقوله لا اشا
الا ترى انه لو قال ان لم يشا فلان اليوم فانت حر فقال فلان شئت لا
يعتق ولو قال لا اشا لا يعتق لان له ان يشا بعد ذلك ما دامت المده
باقيه الا اذا مضى اليوم ولم يشا فحينئذ يعتق ولو علق بمشيئة
نفسه فقال انت حر ان شئت انا فما لم يوجد المشيئة منه في عمره
لا يعتق ولا يقتصر على المجلس لان هذا ليس بتفويض اذ العتاق يمين
ولو قال انت حر ان لم اشا فان قال شئت لا يعتق لعدم الشرط
وان قال لا اشا لا يعتق لان العدم لا يتحقق بقوله لا اشا اذ له ان
يشا بعد ذلك الى ان يموت بخلاف الفصل الاول لان هناك اقتصر
على المجلس فاذا قال لا اشا فقد اعرض عن المجلس وهنا لا يقتصر
على المجلس فله ان يشا بعد ذلك حتى يموت فاذا مات تحقق العدم
فيعتق قبل موته بلا فصل ويعتبر من ثلث المال لوقوع العتق
في المرض اذ الموت لا يخلوا عن مقدمة مرض ولو قال انت حر غدا
ان شئت فالمشيئة في الغد فان شا في الحال لا يعتق ما لم يشا في
الغد ولو قال انت حر ان شئت غدا فالمشيئة اليه في الحال فاذا
شا في الحال عتق غدا لان في الفصل الاول علق الاعتاق المضاف
الى الغد بالمشيئة فيقتضي المشيئة في الغد وفي الفصل الثاني
اضاف الاعتاق المعلق بالمشيئة الى الغد فيقتضي تقدم المشيئة
على الغد **وروي** عن ابي حنيفة رحمه الله انه قال المشيئة في الغد في
الفصلين جميعا وقال زفر رحمه الله المشيئة اليه للحال في الفصلين
جميعا ومن هذا القبيل قول الرجل لعبده ان اديت الي الفا فانت
حر لانه تعليق صورة ومعنى لوجود الشرط والجزا فيصح في الملك
ويتعلق العتق بوجود الشرط وهو الادا اليه في ملكه واذا جاء به
بالف ووضع في ملكه وخلى بينه وبين الالف عتق شا المولى او ابى
وهو تفسير الجبر على القبول الا ان القاضي يجبره على القبض بالحابس

كذا

كذا فسره محمد رحمه الله فقال ان العبد اذا احضر المال بحيث يتمكن المولى
من قبضه عتق وهذا استحسان والقياس ان لا يعتق ما لم يقبض او يقبل
وهو قول زفر رحمه الله **وجه القياس** انه علق العتق بشرط الادا اليه
ولا يتحقق الادا اليه الا بالقبض ولم يوجد فلا يعتق كما لو قال ان اديت
الي عبدا فانت حر فجا بعبد ردي وخلى بينه وبينه لا يعتق ولو قبل
يعتق وكذا اذا قال ان اديت الي كذا من حنطة فانت حر فادى كرا
من حنطة رديه لا يعتق ولو قبل يعتق وكذا اذا قال ان اديت الي
ثوبا او دابة فاتى بثوب مطلق او دابة مطلقة لا يعتق بدون القبول
وكذا اذا قال ان اديت الي الفا احج بها وحججت بها لا يعتق
بتسليم الالف اليه ما لم يقبل وكذا اذا قال ان اديت الي هذا
الدن من الخمر لا يعتق بالتخليه بدون القبول **وجه الاستحسان**
الى ادا المال الى انسان عبارة عن تسليمه اليه قال الله تعالى
ان الله يامركم ان تودوا الامانات الى اهلها اي تسلموا وقال
تعالى خبرا عن موسى صلوات الله عليه ان ادوا الي عباد الله
اي سلموا وتسليم الشي عبارة عن جعله سالما خالصا لا ينازعه
فيه احد وهذا يحصل بالتخليه ولهذا كانت التخليه تسليما
في الكتابة وكذا في المعاوضات المطلقة فلا يحتاج فيه الى
القبض كما لا يحتاج اليه في الكتابة والمعاوضات المطلقة مع ان
التخليه تتضمن القبض لانها تفيد التمكن من القبض وهو تفسير
القبض لا الجعل في البراجم كما في سائر المواضع **واما** المسائل
فهناك لم يوجد الشرط **اما** مسئلة العبد فلانه وان ذكر
العبد مطلقا فانما اراد به المقيد وهو العبد المرغوب فيه
لا ما يطلق عليه اسم العبد علم ذلك بدلالة حاله فلا يعتق
لانه اذا قبل تبين انه ما اراد به المقيد بل المطلق وعلم ان
له فيه عرضا اخر في الجملة فلا يعتبر الدلالة مع الصريح
بخلافه حتى لو اتى بعبد جيد او وسط وخلى يعتق وهو الجواب
عن مسئلة الكر واما مسئلة الثوب فثمه لا يعتق ما لم يقبل
ولا يعتق بادا الوسط لان الثياب اجناس مختلفة وانواع
متفاوته واسم الثوب يقع على كل ذلك على الانفراد من الديباج
والخز والكتان والكرباس والصوف ولكل جنس تحته انواع
فكان الوسط مجهولا جهالة متفاحشة ولا يقع على ادنى الوسط
من هذه الاجناس كما لا يقع على ادنى الردي لان قيمة ادنى الوسط
وهو الكرباس وهو ثوب يستر به العوره مما لا يرغب فيه

بمقابلة ازالة الملك عن عبد قيمته الف ومتى بقي مجهولا لا تنقطع المنازعة
فلا يتحقق التسليم والمنازعة حتى لو قال ان اديت الي ثوبا هرويا فانت
حر يقع على الوسط واذا اتاه به يجبر على القبول **وكذا** الجواب عن مسئلة الدابة
لان الدواب اجناس مختلفة تحتها انواع متفاوتة واسم الدابة يقع
على كل ذلك على الانفراد حتى لو قال ان اديت الي فرسا فانت حر
فقد قالوا انه يقع على الوسط ويجبر على القبول **واما** مسئلة الحج ففيها
تفصيل ان قال ان اديت الي الفا احج بها او قال وتحجت بها فاتى
بالالف لا يعتق لانه علق العتق بشرطين فلا ينزل بوجود احدهما
ولو قال ان اديت الي الفا احج بها يعتق اذا خلى ويكون قوله احج
بها لبيان الغرض ترغيبا للعبد في الاداء حيث يصير كسبه مصروفا
الى طاعة الله لا على سبيل الشرط **ومسئلة** الخمر لا رواية فيها لكن
ذكر في الكتابة انه اذا كاتب عبده على دن من خمر او على كذا عددا
من الخنازير على انه متى ادى بها فهو حر فقبل يكون كتابة فلو خلى بها
المكاتب وخلى بينه وبينها يعتق لوجود الشرط ويلزمه قيمة نفسه
فيجوز ان يقاس عليه ويقال يعتق ههنا بالتخلية ايضا وقال بعض
مشايخنا ان العتق في هذا الفصل يثبت من طريق المعاوضة لا بوجود
الشرط حقيقة كما في الكتابة والصحيح انه يثبت بوجود الشرط حقيقة
كما في ساير التعليقات بشروطها لا بطريق المعاوضة والمسايل
تدل عليه فانه ذكر عن بشر بن الوليد انه قال سمعت ابا يوسف
رحمه الله قال في رجل قال لعبده اذا اديت الي الفا فانت حر
او متى اديت او ان اديت فان ابا حنيفة رحمه الله قال هذا ليس
بمكاتب وللمولى ان يبيعه وكذا قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
فان ادى المال قبل ان يبيعه فان ابا حنيفة وابا يوسف ومحمدا
قالوا يجبر المولى على قبوله ويعتق استحسانا فان مات المولى
قبل ان يؤدي الالف فالعبد رقيق يورث مع اكسابه بخلاف
الكتابة ولو مات العبد قبل الاداء وترك مالا فانه كله للمولى
ولا يؤدي عنه فيعتق بخلاف المكاتب وان بقي بعد الاداء في يده
مال مما اكتسبه فهو للمولى بخلاف المكاتب لان المكاتب في يد نفسه
ولا سبيل للمولى على اكسابه مع بقاء الكتابة فبعد الحرية اولى
وقالوا ان المولى لو باعه قبل الاداء صح كما في قوله لعبده ان
دخلت الدار فانت حر بخلاف المكاتب فانه لا يجوز بيعه من غير
رضا المكاتب واذا رضي تنفسخ الكتابة ولو قال لعبدين له ان
اديتما الي الفا فانتما حران فادى احدهما حصته لم يعتق احدهما

لانه علق العتق باداء الالف ولم يوجد وكذا اذا ادى احدهما الالف
كله من عنده لانه جعل شرط عتقهما ادائهما جميعا الالف ولم يوجد
فلا يعتقان كما اذا قال لهما ان دخلتما هاتين الدارين فانتما حران
فدخل احدهما لا يعتق ما لم يدخل الاخر وان ادى احدهما الالف كلها
وقال خمسمائة من عندي وخمسمائة بعث بها صاحبي ليؤديها
اليك عتقا لوجود الشرط وهو اداء الالف منهما حصته احدهما بطريق
الاصالة وحصة الاخر بطريق النيابة لان هذا باب تجري فيه النيابة
فقام اداؤه مقام اداء صاحبه ولو ادى عنهما رجل اخر لم يعتقا
لعدم الشرط وهو اداؤهما فاما اذا ادى الاجنبي وقال اؤديها
اليك على انهما حران فقبلها المولى على ذلك فقبلها عتقا لان
هذا بمنزلة التعليق بشرط اخر مع الاجنبي كانه قال له ان اديت
الي الفا فعبدي حر ويرد المال الى المؤدي لان المولى لا يستحق
المال بعتق عبده قبل الغير ولان منفعة هذا العتق تحصل له
فلا يجوز ان يستحق بذلك الغير مالا معلوما بخلاف ما اذا قال
لاخر طلق امراتك على الف هذه ودفع اليه فطلق ان الالف
تكون للمطلق لان الزوج لم يحصل له بالطلاق منفعة اذ هو
اسقاط حق والاجنبي صار متبرعا عنها بذلك فاشبه ما لو
قضى عنها دينها بخلاف العتق لانه حصلت للمولى منفعة وهو الولاء
فلا يجوز ان يستحق بدلا على الغير ولو اداها الاجنبي وقال هما
امراني ان اؤديها عنهما فقبلها عتقا لوجود الشرط لانه يجوز
ان يكون الرجل رسولا عنهما فاداء الرسول اداء المرسل فان
ادى العبد من مال اكتسبه قبل القول عتق لوجود الشرط
ويرجع المولى عليه بمثله لان المولى ما اذن له بالاداء من هذا
الكسب لان الاذن يثبت بمقتضى القول والكسب كان قبل القول
والكسب كان قبل القول بمنزلة المغصوب بان غصب الفا من
رجل وادى ولم يجز المغصوب منه فان العبد يعتق لوجود
الشرط وللغاصب ان يسترد المغصوب وللمولى ان يرجع
على العبد بمثلها وان ادى من مال اكتسبه بعد القول صح الاداء
وعتق العبد ولا يرجع المولى على العبد بمثله بعد العتق
استحسانا والقياس ان يرجع لانه ادى من مال المولى فيرجع
عليه كما لو اكتسبه قبل القول بخلاف المكاتب لانه ادى من مال
نفسه لان اكتسابه مملكه الا انهم استحسنوا فقالوا انه لا يرجع
لانه ادى باذن المولى فكان الاقدام على هذا القول اذنا له بالتجارة

دلالة لانه لا يتوصل الى اداء الالف الا بالقوة فيصير ماذونا في التجارة
فقد حصل الاداء من كسب هو ماذون في الاداء منه من جهة المولى فلا
يستحق الرجوع عليه **او نقول** الكسب الحاصل بعد القول ليس على
حكم ملك المولى في الحقيقة والذي يؤدي ككسب المكاتب فصار من هذا الوجه
كالمكاتب ولو كانت هذه امة فولدت ثم ادت لم يعتق ولدها بخلاف
المكاتبة اذا ولدت ثم ادت فعتقت انه يعتق ولدها ولو قال العبد
للمولى حط عني مائة فحط عنه فادى تسعمائة لم يعتق لان الشرط لم
يوجد بخلاف الكتابة فان العتق يثبت فيها بطريق المعاوضة
والحط يلتحق باصل العقد في المعاوضات كالبيع وكذا لو ادى
مكان الدراهم دنانير لا يعتق وان قبل لعدم الشرط ولو قال
لعبده ان خدمتني سنة فانت حر فخدمه اقل من سنة وتجوز
المولى عما بقي لم يعتق حتى يكمل خدمته سنة وكذا ان صالحه
من الخدمة على دراهم او من الدراهم الذي جعل عليه على دنانير
وكذا اذا قال اخدم ولدي سنة وانت حر فمات بعضهم قبل تمام السنة
لم يعتق وهذا كله دليل الرضا على ان العتق يثبت بوجود الشرط
حقيقة فلا يختلف الحكم فيه بالرضا وعدم الرضا واسقاط
بعض الشرط كما في سائر الازمان **الا ترى** انه اذا قال له اذا دخلت
هاتين الدارين فانت حر فدخل احديهما وقال اسقطت عنك دخول
الاخرى لا يسقط كذا هذا ولو ابرا المولى العبد عن الالف لم
يعتق لعدم الشرط وهو الاداء ولو ابرا المكاتب عن بدل الكتابة
يعتق **وذكر** محمد في الزيادات اذا قال ان اديت الي الفا في كيس
ابيض فانت حر فاداها في كيس اسود لا يعتق وفي الكتابة
يعتق وهذا نص على ان العتق ههنا يثبت بوجود الشرط
لا من طريق المعاوضة بخلاف الكتابة وان باع هذا العبد ثم
اشتراه ثم ادى الالف يجبر على القبول عند ابي يوسف رحمه الله
وقال محمد رحمه الله في الزيادات لا يجبر على قبولها فان قبلها
عتق **وذكر** القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه لا يجبر على
القبول ولم يذكر الخلاف وهل هذا اذا اداه عليه بخيار او بعيب
وجه قول ابي يوسف ظاهر مطرد على الاصل لانه عتق تعلق
بالشرط والجزاء لا يتعين بالملك القائم فكان حكمه في الملك الثاني
كحكمه في الملك الاول كما في قوله ان دخلت الدار فانت حر فباعه
ثم اشتراه فدخل **واما** الوجه لمحمد رحمه الله فهو ان دلالة الحال
دلت على التقييد بالملك القائم ظاهرا لان غرضه من التعليق بالاداء

تحريضه على الكسب ليصل اليه المال وذلك في الملك القائم واكد ذلك
بوجود العتق المرغب له على الكسب مع احتمال ان المراد منه مطلق
الملك فاذا ادى بالمال بعدما باعه واشتراه فلم يقبل لا يعتق لتقيده
بالملك القائم ظاهرا بدلالة الحال واذا قبل يعتق لانه تبين ان المراد
منه المطلق ولو قال لامته اذا اديت الي الفا كل شهر مائة فانت حرة
وقبلت ذلك فليست هذه بمكاتبة وله ان يبيعها ما لم تؤد وان كسرت
شهرا ثم ادت اليه في ذلك الشهر لم يعتق كذا ذكر في رواية ابي
حفص وهشام وذكر في رواية اخرى وقال هذه مكاتبة وليس
له ان يبيعها وان كسرت شهرا واحدا ثم ادت في غير ذلك
الشهر كان جائزا **وجه هذه الرواية** انه ادخل فيه الاجل
ودل انه كتابة **وجه رواية ابي حفص** ان هذا تعليق العتق بشرط
في وقت وهذا لا يدل على انه كتابة كما لو قال لها ان اديت الي
الفا هذا الشهر فانت حرة لم تؤدها في ذلك ان دخلت دار فلان
اليوم او دار فلان غدا فانت حرة لا يكون ذلك كتابة وان ادخل
الاجل فيه **والدليل** على ان الصحيح هذه الرواية اذا قال لها اذا
اديت الي الفا هذا الشهر فانت حرة فلم تؤدها في ذلك الشهر وادتها
في غيره لم تعتق ولو كان ذلك كتابة لما بطل ذلك الا بحكم الحاكم
او بتراضيهما فدل ذلك ان هذا ليس بكتابة بل هو تعليق
بالشرط لكن في وقت دون وقت ثم التعليق بالاداء هل يقتصر على
المجلس فان قال متى اديت او متى ما اديت او حين اديت او حيثما
اديت او اذا اديت او اذا ما اديت فلا شك ان هذا كله لا يقتصر
على المجلس لان في هذه الالفاظ معنى الوقت وان قال ان اديت
ذكر في الاصل انه يقتصر على المجلس وظاهر ما رواه بشر عن
ابي يوسف رحمه الله انه يدل على انه لا يقتصر على المجلس فانه
قال في رواية عن ابي يوسف انه قال في رجل قال لعبده ان اديت
الي الفا فانت حر او متى اديت او ان اديت فقد سوى بين هذه
الكلمات ثم في كلمة اذا ومتى لا يقتصر على المجلس فكذا في كلمة ان
وكذا ذكر بشر ما يدل عليه فانه قال عطفا على روايته عن
ابي يوسف رحمه الله ان المولى اذا باعه ثم اشتراه فادى المال
عتق ويبعد ان يتفق البيع والشرا واداء المال في مجلس
واحد وهذا يدل على ان العتق لا يقتصر على المجلس في الالفاظ
كلها والوجه فيه ظاهر لانه عتق معلق بالشرط فلا يقف
على المجلس كالتعليق بسائر الشروط من قوله ان دخلت الدار

وغير ذلك **وجه رواية الاصل** ان العتق المعلق بالادا معلق باختيار العبد فصار كانه قال انت حران شئت ولو قال ان شئت يقتصر على المجلس ولو قال اذا شئت او متى شئت لا يقتصر كذا ههنا وسوا ادى الالف جملة واحدة او على النفاريق خمسة وعشرة وعشرين انه يجبر على القبول حتى اذا تم الالف يعتق لانه علق العتق باداء الالف مطلقا وقد ادى صنعه **وروى** ابن رستم عن محمد رحمه الله فيمن قال لعبده في مرضه اذا اديت الي الفا فانت حر وقيمة العبد الف فاداها من مال اكتسبه بعد القول فانه يعتق من جميع المال استحسن ابو حنيفة رحمه الله ذلك وقال زفر رحمه الله يعتق من الثلث وهو القياس **ووجهه** ان الكسب حصل على ملك المولى لانه كسب عبده فاذا اسقط حقه عن الرقبة كان متبرعا فيعتبر من الثلث كما لو اعتقه ابتدا بخلاف الكتابة لان المولى لا يملك اكتساب المكاتب فصار كسبه عوضا عن الرقبة فيعتق من جميع المال **وجه الاستحسان** ان القدر الذي يودى من الكسب الحاصل بعد القول ليس على ملك المولى لكسب المكاتب لان المولى اطمعه في العتق باداية اليه فصار تعليق العتق به سببا داعيا الى تحصيله فصار كسبه من هذا الوجه بمنزلة كسب المكاتب ولو قال له اد الي الفا وانت حر فما لم يود لا يعتق لانه اتى بجواب الامر لان جواب الامر بالواو فيقتضي وجوب ما تعلق بالامر وهو الادا ولو قال اد الي الفا وانت حر فما لم يود لا يعتق لانه اتى بجواب الامر لان جواب الامر بالواو فيقتضي وجوب ما تعلق بالامر وهو الادا ولو قال اد الي الفا فانت حر فلا رواية في هذا وقيل هذا والاول سوا لا يعتق الا باداء المال اليه لان جواب الامر قد يكون بحرف الفا ولو قال اد الي الفا انت حر يعتق للحال ادى او لم يود لانه لم يوجد ههنا ما يوجب تعلق العتق بالادا حيث لم يات بحرف الجواب والله اعلم **ومن هذا القبيل** اذا قال لامته ان ولدت ولدا فهو حر او قال اذا ولدت ولدا فهو حر ويعتبر لصحته قيام الملك في الامة وقت التعليق كما في قوله ان ولدت ولدا فانت حره لان الملك اذا كان ثابتا في الامة وقت التصرف فالظاهر بقاوه الى وقت الولاده فلا حاجة الى اضافة الولاده الى الملك ليصح فاذا صح التعليق فكل ولد تلده في ملكه يعتق وان ولدت في غير ملكه لا يعتق فيبطل اليمين بان ولدت بعد ما مات المولى او بعد ما باعها ولو ضرب ضارب بطنها فالقت جنينا ميتا كان فيه ما في جنين الامه لان الحريه تحصل بعد الولاده والضرب حصل قبل

الولاده وكان عبدا فلا يجب ضمان الحر ولو قال ان حملت بولد فهو حر كان فيه ما في جنين الحره لان الحريه ههنا تحصل بالحمل فالضرب صادفه وهو حر الا انا لا نحكم به ما لم تلد لانا لا نعلم وجوده فاذا القت علمنا بوجوده وقت الضرب **فان قيل** الحرية لا تثبت الا بعد حدوث الحياة فيه ولا نعلم ذلك فكيف نحكم بحريته **قيل له** انه لما حكم الشرع بالارش على الضارب فقد صار محكوما بحدوث الحياة فيه لان الارش لا يجب الا باتلاف الحي ولو باعها المولى فولدت عند المشتري قبل مضي ستة اشهر كان الولد حرا والبيع باطلا لانا تيقنا انه باعها والحمل موجود والحرية ثابتة فيه وحرية الحمل تمنع جواز بيع الام لما مر وان ولدته لستة اشهر فصاعدا لم يعتق لانا لم نتيقن بحصول الولد يوم البيع فلا يجوز فسخ البيع واثبات الحرية بالشك ولو قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حره فولدت غلاما وجارية فهذا لا يخلو اما ان علم ايهما ولد اولا بان اتفق المولى والامه على انهما يعلمان ذلك واما ان لم يعلم بان اتفقا على انهما لا يعلمان ذلك واما ان اختلفا في ذلك فان علم ايهما ولد اولا فان كان الغلام هو الاول فهو رقيق لان المعلق بولادته عتق الام وهي انما تعتق بعد الولاده فكان انفصال الولد على حكم الرق فلا يوثر فيه عتق الام وتعتق الام بوجود الشرط وتعتق الجارية بعتقها وان كانت الجاريه هي الاولى لم يعتق واحد منهم لعدم شرط العتق وان لم يعلم فالغلام رقيق على كل حال لانه لا حال له في الحرية اصلا سوا كان متقدما في الولاده او متاخرا لانه ان كان اولا فذاك شرط عتق امه لا شرط عتقه وعتق امه لا يوثر فيه لما بينا وان كانت الجاريه اولا فولادتها لم تجعل شرط العتق في حق احد فلم يكن للغلام حال في الحرية راسا وكان رقيقا على كل حال **واما** الام والجاريه فتعتق من كل واحد منهما نصفها وتسعى في نصف قيمتها لان كل واحد منهما تعتق في حال وترق في حال لان الغلام ان كان اولا عتقت الام والجاريه **اما** الام لوجود شرط العتق فيها واما الجاريه فلعتق الام لان الام اذا عتقت عتقت الجاريه بعتق الام تبعا لها فعتقتا جميعا وان كانت الجاريه اولا لا يعتقان لانه لم يوجد شرط العتق في الام واذا لم تعتق الام لا تعتق الجاريه لان عتقها بعتقها فاذا هما يعتقان في حال

ويرقان في حال فيتنصف العتق فيهما فيعتق من كل واحد منهما نصفها على
الاصل المعهود لاصحابنا في اعتبار الاحوال عند اشتباهها والعمل بالدليلين
بقدر الامكان **وروي** عن محمد رحمه الله يستحلف المولى على علمه بالله ما يعلم
الغلام ولد اولا فان نكل عن اليمين عتقت الام وابنتها وكان الغلام عبد
وان حلف كانوا جميعا رقيقا وكذلك ان لم يخاصم المولى حتى مات وخوصم
وارثه بعده فاقر انه لا يدري وحلف بالله ما يعلم الغلام ولد اولا فهم رقيق
ووجه هذه الرواية ان الاحوال انما تعتبر عند تعذر البيان ٥
والبيان ههنا ممكن بالرجوع الى قول الحالف فلا يعتبر الاحوال **والجواب**
انه لا سبيل الى البيان باليمين ههنا لان الخصمان متفقان على
انهما لا يعلمان الاول منهما مع فلا يجوز للقاضي ان يحلف المولى الحلف
على انه لا يعلم الاول منهما مع تصادقهما على ذلك وان اختلفا فالقول
قول المولى ان الجارية هي الاولى لانه ينكر العتق ولو قال لامته ان كان
اول ولد تلدينه غلاما فانت حره وان كانت جاريه فهي حره فولدت
غلاما وجارية فان علم ان الغلام كان اولا عتقت الام والجارية لا غير
اما الام فلوجود الشرط واما الجاريه فلعتق الام واما رق الغلام
فلانفصاله على حكم الام الرق فلا يؤثر فيه عتق الام وان علم انه
الجاريه كانت هي الاولى عتقت هي لا غير لان المعلق بولادتها عتقها
وعتقها لا يؤثر في غيرها وان لم يعلم ايهما اولى فالجاريه حرة على كل
حال والغلام عبد على كل حال وتعتق نصف الام وتسعى في نصف قيمتها
اما حرية الجاريه على كل حال فلانه لا حال لها في الرق لان الغلام ان كان
اولا عتقت الجاريه لان امها تعتق فتعتق هي الام وان كانت الجاريه اولا
فقد عتقت لوجود شرط العتق في حقها فكانت حره على كل حال ٥
واما رق الغلام على كل حال فلانه لا تثبت له [illegible] جارية في الحريه سوا ولد
اولا او اخرا **واما** الام فانما يعتق نصفها لانها تعتق في حال وترق في
حال لان الغلام ان كان اولا تعتق الام والجارية ايضا تعتق الام وان
كانت الجارية اولا تعتق الجارية لا غير لان المعلق بها عتقها لا غير
وعتقها لا يتعدى الى عتق الام واذا تعتق الام في حال ولا تعتق في
حال فيعتق نصفها اعتبارا للاحوال وان اختلفا فالقول قول المولى
لما بينا ولو قال لها ان كان اول ولد تلدينه غلاما فهو حر وان كان
جارية فانت حره فولدت غلاما وجارية فان علم ان الغلام ولد
اولا عتق هو لا غير وان علم ان الجاريه ولدت اولا عتق الام والغلام
لا غير وان لم يعلم ايهما ولد اولا فالغلام حر على كل حال لانه لا حال
له في الرق سوا كان اولا او اخرا والجارية رقيقة على كل حال لانها لا حال

لها في الحرية تقدمت في الولادة او تاخرت لان الغلام ان كان هو الاول ٥
لا يعتق الا هو وان كانت الجاريه هي الاولى لا يعتق الا الام والغلام فلا
يكن للجارية حال في الحريه فبقيت رقيقه والام يعتق منها نصفها وتسعى
في نصف قيمتها لان الجارية ان كانت هي الاولى تعتق الام كلها وان كان
الغلام هو الاول لا تعتق شي منها فتعتق في حال ولا تعتق في حال
فيعتق نصفها وتسعى في النصف اعتبارا للحالتين وعملا بهما بقدر الامكان
وان اختلفا فالقول قول المولى لما ذكرنا **هذا** اذا ولدت غلاما
وجاريه **فاما** اذا ولدت غلامين وجاريتين والمسيلة بحالها
فان علم اولهم انه ابن عتق هو لا غير لان المعلق عتقه لا غير فيعتق
هو لا غير عند وجود الشرط وان علم انه جارية فهي رقيقه ومن سواها
احرار لانه جعل ولادتها اولا شرط حرية الام فاذا وجد الشرط عتقت
حرية الام فاذا وجد الشرط عتقت الام ويعتق كل من ولد بعد ذلك
لعتق الام تبعا لها وان لم يعلم من كان اولهم يعتق من الغلامين من
كل واحد منهما ثلاثة ارباعه ويسعى في ربع قيمته ويعتق من الام
نصفها ويسعى في نصف قيمتها ويعتق من البنتين من كل واحد
منهما ربعها ويسعى في ثلاث ارباع قيمتها وانما كان كذلك اما الغلامان
فلان اول من ولدت ان كان غلاما عتق الغلام كله لوجود الشرط
وان كان جارية عتق الغلامان لان الام تعتق فيعتق كل من ولد
بعد ذلك وسم الغلامان والجارية الاخرى فقد تيقنا بحرية احد
الغلامين وشككنا في الاخر وله حالتان يعتق في حال ولا يعتق
في حال فيجعل ذلك نصفين فيعتق غلام واحد ونصف من الاخر
ولا يعلم ايهما عتق كله وايهما عتق نصفه فاستويا في ذلك وليس
احدهما في ذلك باولى من الاخر فيعتق من كل واحد منهما ثلاثة ارباعه
ويسعى في ربع قيمته واما الام فانها تعتق في حال ولا تعتق في حال
لان اول ما ولدت ان كان غلاما لا يعتق اصلا وان كانت جاريه
تعتق فتعتق في حال وترق في حال فيعتق نصفها ويسعى في نصف
قيمتها **واما** الجاريتان فاحديهما امه بلا شك لان اول ما ولدت
ان كان غلامين فهما رقيقان وان كانت جارية فان الاولى لا تعتق
وتعتق الاخرى بعتق الام فاذا في حالة لهما حرية واحد وفي ٥
حالة لا شي لهما فيثبت لهما نصف ذلك وليست احديهما باولى من
الاخرى فيصير ذلك بينهما نصفين وهو ربع الكل فيعتق من
كل واحدة منهما ربعها وتسعى في ثلاثة ارباع قيمتها والله اعلم
ولو قال لامته اذا ولدت غلاما ثم جارية فانت حره وان ولدت

جارية ثم غلاما فالغلام حر فان ولدت غلاما وجارية فان كان الغلام اولاً عتقت الام لوجود شرط عتقها والغلام والجارية رقيقان لانفصالهما على حكم الرق وان كانت الجارية اولا عتق الغلام لوجود الشرط والام والجارية رقيقان لان عتق الغلام لا يوثر فيهما وان لم يعلم ايهما اول واتفقا على انهما لا يعلمان ذلك فالجارية رقيقة لانه لا حالة لها في الحرية لانها ترق في جميع الاحوال واما الغلام والام فانه يعتق من كل واحد منهما نصفه ويسعى في نصف قيمته لان كل واحد منهما يعتق في حال ويرق في حال فيعتق نصفه ويسعى في نصف قيمته وان اختلفا فالقول قول المولى مع يمينه على علمه **هذا** اذا ولدت غلاما وجارية **فاما** اذا ولدت غلامين وجاريتين والمسئلة بحالها فان ولدت غلامين ثم جاريتين عتقت الام لوجود الشرط وعتقت الجارية الثانية بعتقها وبقي الغلامان والجارية الاولى رقيقا وان ولدت غلامين ثم جاريتين ثم غلاما عتقت الام لوجود الشرط وعتقت الجارية الثانية بعتقها وبقي الغلامان والجارية الاولى رقيقا وان ولدت غلاما ثم جاريتين ثم غلاما عتقت الام لوجود الشرط والجارية الثانية والغلام الثاني بعتق الام وان ولدت غلاما ثم جارية عتقت الام لوجود الشرط والغلام الثاني والجارية الثانية بعتق الام وان ولدت جاريتين ثم غلامين عتق الغلام الاول لوجود الشرط وبقي من سواه رقيقا وكذلك اذا ولدت جارية ثم غلامين ثم جارية عتق الغلام الاول لا غير لوجود شرط العتق في حقه لا غير وكذلك اذا ولدت جارية ثم غلاما ثم جارية ثم غلاما عتق الغلام الاول لا غير لما قلنا وان لم يعلم بان اتفقوا على انهم لا يعلمون ايهما الاول يعتق من الاولاد من كل واحد ربعه لان احد الغلامين مع احدى الجاريتين رقيقان على كل حال لانهما ليس لهما حال في الحرية والجارية الاخرى والغلام الاخر يعتق كل واحد منهما في حال ويرق في حال فيعتق من كل واحد منهما نصفه ثم ما اصاب الجارية يكون بينها وبين الجارية الاخرى نصفين اذ ليست احديهما باولى من الاخرى فيعتق من كل واحدة ربعها وكذلك ما اصاب الغلام يكون بينه وبين الغلام الاخر نصفين لما قلنا **واما الام** فيعتق منها نصفها لانه ان سبق ولادة الغلام يعتق لوجود الشرط وان سبقت ولادة الجارية لا يعتق فيعتق منها نصفها ويسعى في نصف قيمتها **و**ان اختلفوا فالقول قول المولى مع يمينه على علمه لما قلنا ولو قال لها اذا ولدت ما في بطنك فهو حر فان جاءت به لاقل من ستة اشهر تيقنا بكونه موجودا وقت التعليق لان الولد لا يولد لاقل من ستة اشهر فتيقنا بكونه داخلا تحت الايجاب واذا جاءت به لستة اشهر فصاعدا لم يتيقن بوجوده بل يحتمل ان لا يكون موجودا

ثم وجد

ثم وجد من بعد فلا يدخل تحت الايجاب مع الشك وكذا اذا قال لها ما في بطنك حر الان ههنا يعتق من يوم حلفه وفي الفصل الاول من يوم تلد لان هناك شرط الولادة ولم تشترط ههنا ولو قال لها اذا حملت فانت حرة فولدت لاقل من سنتين او لسنتين من وقت الكلام لا يعتق وان ولدت لاكثر من سنتين تعتق لان يمينه يقع على حمل يحدث بعد اليمين فاذا ولدت لاقل من سنتين او لسنتين يحتمل انها كانت حبلى وقت اليمين ويحتمل انه حدث الحمل بعد اليمين فيقع الشك في شرط ثبوت الحرية فلا تثبت الحرية مع الشك فاما اذا ولدت لاكثر من سنتين فقد تيقنا ان الحمل حصل بعد اليمين لان الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين فقد وجد شرط العتق وهو الحمل بعد اليمين فيعتق **فان قيل** اليس ان من اصلكم ان الوطي اذا كان مباحا له يقدر مدة الحمل بستة اشهر ليحمل لا قدرتم ههنا كذلك **قيل** له ان هذا من اصلنا فيما لم يكن فيه اثبات رجعة او عتاق بالشك ولو جعلنا مدة الحمل ههنا ستة اشهر لكان فيه اثبات العتق بالشك وهذا لا يجوز ثم ان ولدت بعد المقالة لاكثر من سنتين حتى عتقت وقد وطيها قبل الولادة لاقل من ستة اشهر فعليه العقر وان وطيها قبل الولادة لستة اشهر فصاعدا لا عقر عليه لانها اذا ولدت لاقل من ستة اشهر منذ وطيها علم انه وطيها وهي حامل لان الحمل لا يكون اقل من ستة اشهر فاذا وضعت لاقل من ستة اشهر بعد الوطي علم ان العلوق حصل قبل هذا الوطي فيجب عليه العقر لانه علم انه وطيها بعد ثبوت الحرية واذا ولدت لستة اشهر فصاعدا من وقت الوطي يحتمل ان الحمل حصل بذلك الوطي فلا يجب العقر لان الوطي لا يصادف الحرية ويحتمل انه حصل بوطي قبله فيجب العقر فوقع الشك في وجوب العقر فلا يجب مع الشك وينبغي في الورع والتنزه اذا قال لها هذه المقالة ثم وطيها ان يعتزلها حتى يعلم انها حامل ام لا فان حاضت وطيها بعد ما طهرت من حيضها لجواز انها قد حملت بذلك الوطي فعتقت فاذا وطيها بعد ذلك كان وطي الحرة فيكون حراما فيعتزلها صيانة لنفسه عن الحرام فاذا حاضت تبين ان الحمل لم يوجد اذ الحامل لا تحيض ولهذا استبرا الجارية المشتراة بحيضة لدلالتها على فراغ الرحم ولو باع هذه الجارية قبل ان تلد ثم ولدت في يد المشتري ينظر ان ولدت لاقل من سنتين او لسنتين بعد اليمين يصح البيع لجواز ان الولد حدث قبل اليمين فلا يبطل البيع بالشك وان ولدت لاقل من سنتين بعد اليمين ينظر ان كان ذلك لاقل من ستة اشهر قبل البيع لا يجوز البيع لانه حدث الولد قبل البيع فعتقت هي وولدها

او بيع الحر لا يجوز وان كان ذلك لستة اشهر فصاعدا من وقت البيع فانها لا تعتق
لان من الجائز ان الولد حدث بعد البيع والبيع قد صح فلا يبطل بالشك ولو
قال لها ان كان حملك غلاما فانت حرة وان كان جارية فهي حرة فكان
حملها غلاما وجارية لم يعتق احد منهم لان الحمل اسم لجميع ما في الرحم قال
الله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن والمراد منه جميع ما في
البطن حتى تنقضي العدة بوضع جميع ما في الرحم وليس كل الحمل الغلام وحده
ولا الجارية وحدها بل بعضه غلام وبعضه جارية فصار كانه قال ان
كان كل حملك غلاما فانت حرة وان كان كل حملك جارية فصار كانه قال
ان كان كل حملك غلاما فانت حرة وان كان كل حملك جارية فهي حرة فولدت
غلاما وجارية فلا يعتق احدهم وكذلك لو قال ان كان ما في بطنك
عتق الغلام والجارية لان قوله ان كان في بطنك غلام ليس عبارة عن
جميع ما في البطن بل يقتضي وجوده وقد وجد غلام ووجد ايضا جارية
فعتقا ولو قال لها ان كنت حبلى فانت حرة فولدت لاقل من ستة اشهر
فهي حرة وولدها وان ولدت لستة اشهر او اكثر لم يعتق لان اقل مدة
الحمل ستة اشهر فاذا اتت لاقل من ستة اشهر علم ان الحمل كان موجودا
وقت اليمين فتعتق الام لوجود شرط عتقها وهو كونها حاملا وقت
اليمين وتعتق الحمل بعتقها تبعا واذا اتت لستة اشهر او اكثر يحتمل ان يكون
حمل حادث بعد اليمين فلا يعتق ويحتمل ان يكون حمل موجود وقت
اليمين فيعتق فوقع الشك في العتق فلا يثبت مع الشك **ومن**
هذا القبيل التدبير والاستيلاد لان كل واحد منهما تعليق العتق
بشرط الموت الا ان الت[illegible]دبير تعليق بالشرط قولا والاستيلاد
تعليق بالشرط فعلا لكن الشرط فيهما يدخل على الحكم لا على السبب
ولكل واحد منهما كتاب مفرد **واما** التعليق المحض بما سوى الملك
وسببه معنى لا صورة فنحو ان يقول لامة كل ولد تلدينه فهو حر وهذا
ليس بتعليق من حيث الصورة لانعدام حرف التعليق وهو ان واذا
ونحو ذلك لان كلمة كل ليست كلمة التعليق بل هي كلمة الاحاطة بما
دخلت عليه لكنه تعليق من حيث المعنى لوجود معنى التعليق فيه
لانه اوقع العتق على موصوف بصفة وهو الولد الذي تلده فيتوقف
وقوع العتق على اتصافه بتلك الصفة كما يتوقف على وجود الشرط
المعلق به صريحا في قوله ان ولدت ولدا وان دخلت الدار ونحو ذلك
فكان معنى التعليق موجودا فلا يصح الا اذا كانت الامة في ملكه وقت
التعليق حتى لو قال لامة لا يملكها كل ولد تلدينه فهو حر لا يصح حتى لو
اشتراها فولدت منه ولدا لا يعتق الولد لعدم الملك وقت التعليق

وعدم الاضافة الى الملك وسببه ويصح اذا كانت الامة في ملكه وقت التعليق
وقيام الملك في الامة يكفي لصحة ولا يشترط اضافة الولادة الى الملك للصحة
بان يقول كل ولد تلدينه وانت في ملكي فهو حر لما بينا فيما تقدم ثم ان ولدت
في ملكه يعتق الولد لوجود الشرط في الملك وان ولدت في غير ملكه لا يعتق
لعدم الملك ويبطل اليمين لوجود الشرط كما اذا قال لعبده ان دخلت
الدار فانت حر فدخل الدار يبطل اليمين حتى لو اشتراه ثانيا فدخل الدار
لا يعتق كذا ههنا **وعلى هذا** اذا قال لعبد يملكه او لا يملكه كل ولد يولد
لك فهو حر فولد له ولد من امة فان كانت الامة ملك الحالف يوم حلف
عتق الولد والا فلا وينظر في ذلك الى ملك الامة لا الى ملك العبد لان
الولد في الرق والحرية يتبع الام لا الاب فاذا كانت الامة على ملكه
وقت التكلم فالظاهر بقاء الملك فيها الى وقت الولادة وملك الامة
سبب ثبوت ملك الولد فصار كانه قال كل ولد يولد لك من امة لي فهو حر
فاذا لم تكن الامة مملوكة له في الحال والظاهر بقاؤه على العدم لا يوجد ملك
الولد وقت الولادة ظاهرا فلم يوجد التعليق في الملك ولا الاضافة
الى الملك فلا يصح **هذا** اذا ولد الولد من امة مملوكة للحالف من نكاح
فاما اذا ولد منها عن سفاح بان زنا الغلام بها فولدت منه هل يعتق
ام لا فقد اختلف المشايخ فيه وهي من مسائل الجامع ولو قال لامته
اول ولد تلدينه فهو حر او ان ولدت ولدا فهو حر واذا ولدت ولدا
فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم ولدت ولدا حيا لا شك في انه لا يعتق
الولد الميت وان كان الولد الميت ولدا حقيقة وهل يعتق الولد
الحي قال ابو حنيفة رحمه الله يعتق وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
لا يعتق وحاصل الكلام يرجع الى كيفية الشرط ان الشرط ولادة ولد
مطلق او ولادة ولد حي فعندهما الشرط ولادة ولد مطلق فاذا ولدت
ولدا ميتا فقد وجد الشرط فتنحل اليمين فلا يتصور نزول الجزاء بعد
ذلك وعند ابي حنيفة رحمه الله الشرط ولادة ولد حي فلم يتحقق الشرط
بولادة ولد ميت فيبقى اليمين وينزل الجزاء عند وجود الشرط وهو
ولادة ولد حي **وجه قولهما** ان الحالف جعل الشرط ولادة ولد مطلق
لانه اطلق اسم الولد ولم يقيده بصفة الحياة والولد الميت ولد
حقيقة حتى تصير المرأة به نفساء وتنقضي به العدة وتصير الجارية
به ام ولد له ولهذا لو كان المعلق عتق عبد آخر او طلاق امرأته
نزل عند ولادة ولد ميت وكذا اذا قال ان ولدت ولدا فهو حر
وعبدي فلان حر فولدت ولدا ميتا عتق عبده ولو لم يكن هذه
الولادة شرطا لما عتق فاذا ولدت ميتا فقد وجد الشرط لكنه

المحل غير قابل للجزا فيحل اليمين لا الى جزا ويبطل كما اذا قال لعبده ان دخلت
الدار فانت حر فباعه قبل الدخول ثم دخل تنحل اليمين لكن لا الى جزا حتى لو
اشتراه ودخل لا يعتق وان امكن تقييد التعليق بالملك كانه قال ان دخلت
وانت ملكي مع ذلك لم يتقيد به كذا ههنا **وجه قول ابي حنيفة** ان
الايجاب اضيف الى محل قابل للحرية اذ العاقل الدين لا يقصد ايجاب الحرية
فيما لا يحتمل الحرية لانه سفه والقابل للحرية هو الولد الحي فيتقيد به
كانه قال اول ولد تلدينه حيا فهو حر وان ولدت ولدا حيا فهو حر ٥
كما اذا قال لاخر ان ضربتك فعبدي حر انه يتقيد بحال حياة المضروب
حتى لو ضربه بعد موته لا يحنث لعدم قبول المحل للضرب كذا ههنا
ولا فرق سوا ان ههنا تقيد لنزول الجزا وهناك تقيد لتحقق ٥
الشرط بخلاف ما اذا علق بالولادة عتق عبد اخر او طلاق امراته
لان هناك المحل المضاف اليه الايجاب قابل للطلاق والعتاق فلا ضرورة
الى التقييد بحياة الولد كما اذا قال لها اذا ولدت ولدا فانت حرة
او قال اول ولد تلدينه فانت حرة فولدت ولدا ميتا عتقت وههنا
خلافه وهو الجواب عن قوله اذا ولدت ولدا فهو حر وعبدي فلان
ان ولادة الولد الميت يصلح شرطا في عتق عبد اخر لكون المحل
قابلا للعتق ولا يصلح شرطا في عتق الولد لعدم قبول المحل ويجوز
ان يعلق بشرط واحد جزا ثم ينزل عند وجود احدهما دون الاخر
لمانع كمن قال لامراته اذا حضت فانت طالق وفلانة معك فقالت
حضت فكذبها يقع الطلاق عليها ولا يقع على الاخرى وان كان
الشرط واحدا كذا هذا **واما** التعليق بدخول الدار فانما لم ٥
يتقيد بالملك لان التقييد للتصحيح والايجاد هناك صحيح بدون
الملك لقبول المحل **الا ترى** انه يتوقف على اجازة المالك والباطل
لا يتوقف على الاجازة وانما الملك شرط النفاذ **اما** ههنا فلا وجه
لتصحيح الايجاب في الميت راسا لعدم احتمال المحل اذ لا سبيل الى
اعتاق الميت بوجه فدعت الضرورة الى التقييد بصفة الحياة ٥
وذكر محمد في الاصل اذا قال اول عبد يدخل علي فهو حر فادخل عليه
عبد ميت ثم حي عتق الحي ولم يذكر خلافا من اصحابنا من قال
هذا قول ابي حنيفة رحمه الله خاصة لان ما اضيف اليه الايجاب
وهو العبد لا يحتمل الوجوب الا بصفة الحياة فكانه قال اول عبد
يدخل علي حيا فهو حر كما في الولادة فاما على قولهما فلا يعتق لان
الحالف اطلق اسم العبد فيجري على اطلاقه ولا يتقيد بحياة العبد
كما في الولادة ومنهم من قال هذا قولهم جميعا قال القدوري رحمه الله

وهو

وهو الصحيح لانه علق العتق باسم العبد والعبد اسم للموقوف وقد بطل
الرق فلم يوجد الشرط بادخاله عليه فيعتق الثاني لوجود الشرط في حقه
بخلاف الولد لان الولد اسم للمولود والميت مولود حقيقة **فان قيل**
الرق لا يبطل بالموت بدليل انه يجب على المولى كفن عبده الميت **قيل**
له ان وجوب الكفن لا يدل على الملك **الا ترى** ان من مات ولم يترك شيا
فكفنه على اقاربه وان لم يكن هناك ملك واذا زال ملكه عن الميت
صار الثاني اول عبد من عبيده ادخل عليه فوجد الشرط فيعتق
ومن هذا القبيل قول الرجل كل مملوك لي فهو حر يقع على ما في ملكه للحال
فلو لم يكن يملك شيا يوم الحلف كان اليمين لغوا حتى لو ملك في المستقبل
لا يعتق لان هذا الكلام لا يستعمل الا للحال فلا يتعلق به عتق ٥
ما ليس بمملوك له في الحال وكذا اذا علق بشرط قدم الشرط
او اخر بان قال ان دخلت هذه الدار فكل مملوك لي حر او قال اذا
دخلت او اذا ما دخلت او متى او متى ما او قال كل مملوك لي حر او
قال اذا دخلت او اذا ما دخلت او متى او متى ما او قال كل مملوك
لي فهو حر ان دخلت الدار فهذا كله على ما في ملكه يوم حلف وكذا اذا
قال كل مملوك املكه ولا نية له لان صيغة افعل وان كانت تستعمل ٥
للحال والاستقبال لكن عند الاطلاق يراد به الحال عرفا وشرعا
ولغة **اما العرف** فان من قال فلان ياكل او يفعل كذا يريد به ٥
الحال ويقول الرجل ما املك الف درهم ويريد به الحال **واما
الشرع** فان من قال اشهد ان لا اله الا الله يكون مومنا ولو قال
اشهد ان لفلان على فلان كذا يكون شاهدا ولو اقر ان لفلان
على كذا صح اقراره **واما اللغة** فان هذه الصيغة موضوعة
للحال على طريق الاصالة لانه ليس للحال صيغة اخرى وللاستقبال
سين وسوف فكانت الحال اصلا فيها والاستقبال دخيلا ٥
فعند الاطلاق ينصرف الى الحال **ولو قال** عنيت به ما استقبل
ملكه عتق ما ملكه للحال وما استحدث الملك فيه لما ذكرنا
ان ظاهر هذه الصيغة للحال فاذا قال اردت به الاستقبال
فقد اراد صرف الكلام عن ظاهره فلا يصدق فيه ويصدق في قوله
اردت به ما يحدث ملكي فيه في المستقبل فيعتق عليه باقراره
كما اذا قال زينب طالق وله امراة معروفة بهذا الاسم
ثم قال لي امراة اخرى بهذا الاسم عنيتها طلقت المعروفة
بظاهر اللفظ والمجهولة باعترافه كذا ههنا وكذا لو قال كل مملوك
املكه الساعة فهو حر ان هذا يقع على ما في ملكه وقت الحلف

ولا يعتق ما يستفيده بعد ذلك الا ان يكون نوى ذلك فيلزمه ما نوى لان
المراد من الساعة المذكورة هي الساعة المعروفة عند الناس وهي الحال
لا الساعة الزمانية التي نذكرها المنجمون فيتناول هذا الكلام من كان
في ملكه وقت التكلم لا من يستفيده من بعد فان قال اردت به من
استفيده في هذه الساعة الزمانية يصدق فيه لان اللفظ يحتمله
وفيه تشديد على نفسه ولكن لا يصدق في صرف اللفظ عمن يكون
في ملكه للحال وسوا اطلق او علق بشرط قدم الشرط او اخر بان
قال ان دخلت الدار فكل مملوك املكه حر او قال كل مملوك املكه
حر ان دخلت الدار فهذا والاول سوا في ان اليمين انما يتعلق بما
في ملكه يوم حلف لانه علق العتق بشرط فيتناول ما في ملكه
لا ما يستفيد كما اذا قال كل عبد يدخل الدار فهو حر فان قال اردت
به ما استحدث ملكه عتق ما في ملكه اذا وجد الشرط باليمين وما
يستحدث باقراره لانه لا يصدق في صرف الكلام عن ظاهره
ويصدق في التشديد على نفسه فان لم يكن في ملكه يوم حلف
مملوك فاليمين لغو لانها تتناول الحال فاذا لم يكن له مملوك
للحال لا ينعقد اليمين لانعدام المحلوف عليه بخلاف قوله ان كلمت
فلانا او ان دخلت الدار فكل مملوك اشتريه فهو حر وكل امراة
اتزوجها فهي طالق لان قوله اشتري او تزوج لا يحتمل الحال
فاقتضى ملكا مستانفا وقد جعل الكلام او الدخول شرطا
لانعقاد اليمين فيمن يشتري ويتزوج فيعتبر ذلك بعد اليمين
ولو قال كل مملوك املكه اليوم فهو حر ولا نية له وله مملوك
فاستفاد في يومه ذلك مملوكا اخر عتق ما في ملكه وما استفاد
ملكه في اليوم وكذلك لو قال هذا الشهر او هذه السنة لانه
لما وقت باليوم او الشهر او السنة فلا بد وان يكون التوقيت
مفيدا ولو لم يتناول الا ما في ملكه يوم الحلف لم يكن مفيدا
فان قال عنيت احد الصنفين دون الاخر لم يدين في القضا
لانه نوى تخصيص العموم وانه خلاف الظاهر فلا يصدق في
القضا ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لان الله سبحانه وتعالى
مطلع على نيته ولو قال كل مملوك املكه غدا فهو حر ولا نية
له ذكر محمد رحمه الله في الجامع انه يعتق من ملكه في غد ومن كان
كان في ملكه قبله وقال هو قوله في الاملا ايضا وهو احدى
روايتي بن سماعة عنه وقال ابو يوسف رحمه الله لا يعتق الا من استفا
ملكه في غد ولا يعتق من كان في غد وهو في ملكه وهو رواية بن

سماعه

سماعة عن محمد رحمه الله وجه قول محمد انه اوجب العتق لكل من يضاف
اليه الملك في غد فيتناول الملك الذي في ملكه قبل الغد كانه قال
ملكه في غد والذي كان في ملكه قبل الغد كانه قال في الغد كل مملوك
املكه اليوم فهو حر فيتناول الكل وجه قول ابي يوسف رحمه الله
ان قوله املك ان كان للحال عند الاطلاق لكنه لما اضاف العتق الى
زمان في المستقبل انصرف الى الاستقبال بهذه القرينة كما ينصرف
اليه بقرينة السين وسوف فلا يتناول الحال وعلى هذا الخلاف
اذا قال كل مملوك املكه راس الشهر كذا فهو حر وراس الشهر الليلة
التي يهل فيها الهلال ومن الغد الى الليل وكان القياس ان يكون
راس الشهر اول ساعة منه لان راس كل شهر ما راس عليه وهو اوله
الا انهم جعلوه اسما لما ذكرنا للعرف والعادة فانه يقال في العرف
والعادة لاول يوم من الشهر هذا راس الشهر وروى بن سماعه
عن ابي يوسف رحمه الله فيمن قال كل مملوك املكه يوم الجمعة فهو حر
قال ليس هذا على ما في ملكه انما هو على ما يملكه يوم الجمعة
وهذا على اصل ابي يوسف صحيح لانه اضاف العتق الى زمان
مستقبل فان قال كل مملوك لي حر يوم الجمعة فهذا على من في ملكه
يعتقون يوم الجمعة ليس هو على ما يستقبل لانه عقد يمينه على من
في ملكه في الحال وجعل عتقهم موقتا بالجمعة فلا يدخل فيه الاستقبال
فاما اذا قال كل مملوك املكه اذا جا غد فيعتق من في ملكه ولكن
عند مجي الغد فهو حر فهذا على ما في ملكه في قولهم لانه جعل
مجي الغد شرطا لثبوت العتق لا غير فيعتق من في ملكه
ولكن عند مجي الغد والله الموفق ومن هذا القبيل الاعتاق
المضاف الى المجهول عند بعض مشايخنا لانه تعليق معنى لا صورة
ولا يثبت العتق في احدهما قبل الاختيار وانما يثبت عند
الاختيار في احدهما عينا وهو الذي يختار العتق فيه فيقتصر
على الحال كانه علق عتق احدهما بشرط اختياره العتق
فيه كالتعليق بسائر الشروط من دخول الدار وغيره لكن
الا ان ثمة الشرط يدخل على السبب والحكم جميعا وههنا
يدخل على الحكم لا على السبب كالتدبير والبيع بشرط الخيار
كذا قال بعض مشايخنا في كيفية الاعتاق المضاف الى المجهول
وبعضهم نسب هذا القول الى ابي يوسف ويقال انه قول ابي حنيفه
ايضا وقال بعضهم هو تنجيز العتق في غير العين للحال واختيار
العتق في احدهما بيان وتعيين لمن وقع عليه الطلاق بالكلام

السابق من حين وجوده وبعضهم نسب هذا القول الى محمد رحمه الله تعالى
والحاصل ان الخلاف في كيفية هذا التصرف على الوجه الذي وصفنا غير
منصوص عليه من اصحابنا لكنه مدلول عليه من اصحابنا لكنه مدلول
عليه ومشار اليه **اما الدلالة** فانه ظهر الاختلاف بين ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله في الطلاق فيمن قال لامرأتيه احديكما طالق ان العده
تعتبر من وقت الاختيار في قول ابي يوسف والعده انما تجب من وقت
وقوع الطلاق فيدل على ان الطلاق لم يكن واقعا وانما يقع عند
الاختيار مقصورا عليه وفي قول محمد رحمه الله يعتبر من وقت
الكلام السابق **وهذا** يدل على ان الطلاق قد وقع من حين وجوده
وانما الاختيار بيان وتعيين لمن وقع عليه الطلاق **واما**
الاشاره **فانه روي** عن ابي يوسف رحمه الله انه قال اذا اعتق
احد عبديه تعلق العتق بذمته ويقال له اعتق وهذا اشاره
الى ان العتق غير نازل في المحل اذ لو كان نازلا لما كان متعلقا
بالذمه ومعنى قوله يقال له اعتق اي اختر العتق لاجماعنا على
انه لا يكلف بانشاء الاعتاق **وذكر** محمد في الزيادات يقال له بين
وهذا اشارة الى الوقوع في غير العين لان البيان للموجود
لا للمعدوم **والى هذا** ذهب الكرخي والقدوري وحققنا الاختلاف
بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله الا ان القدوري حكى عن الكرخي
انه كان يفرق بين العتاق والطلاق فيجعل الاختيار بيانا في الطلاق
بالاجماع من قبل ان العتاق يحتمل الثبوت في الذمة والذمه
لا تحتمل قال وكان غيره من اصحابنا يسوي بينهما لان الطلاق
ايضا يحتمل الثبوت في الذمه في الجمله **الا ترى** ان الفرقة واجبة
على العنين وانما يقوم القاضي مقامه في التفريق وهو الصحيح
انهما يستويان لان تعلق العتق بالذمه ليس معناه الا انعقاد
سبب الوقوع من غير وقوع وهو معنى حق الحرية دون الحقيقة
وهما في هذا المعنى مستويان **وجه القول الاول** ان قوله
احدكما حر تنجيز الحريه في احدهما وليس بتعليق حقيقة لانعدام
حرف التعليق الا انه تنجيز في غير العين فيتعين بالاختيار
وجه القول الثاني ان العتق اما ان يثبت باختيار العتق
واما ان يثبت بالكلام السابق والثاني لا سبيل اليه لان اختيار
العتق لم يعرف اعتاقا في الشرع **الا ترى** انه لو قال لعبده
اخترت عتقك لا فلا بد وان يثبت بالكلام السابق فلا يخلوا
اما ان يثبت حال وجوده في احدهما غير عين او يتعين باختياره

واما ان يثبت عند وجود الاختيار في احدهما عينا وهو تفسير التعليق بشرط
الاختيار لا وجه للاول لانه ربما يختار غير الحر فيلزم القول بانتقال الحرية
من الحر الى الرقيق او انتقال الرق من الرقيق الى الحر او استرقاق الحر والاول
محال والثاني غير مشروع فتعين الثاني ضرورة وهو ان يثبت العتق عند
وجود الاختيار بالكلام السابق مقصورا على حال الاختيار وهو تفسير
التعليق ثم القائلون بالبيان اختلفوا في كيفية البيان منهم من قال ان
البيان اظهار محض ومنهم من قال هو اظهار من وجه واستدلوا بما ذكر محمد
في الزيادات في موضع يقال له بين وفي موضع يقال له اعتق وزعموا انه
المسائل تخرج عليه وهذا غير سديد لان القول الواحد لا يكون
اظهارا وانشاء اذ الانشاء اثبات امر لم يكن والاظهار ابداء امر قد كان
وبينهما تنافي وثمره هذا الاختلاف تظهر في الاحكام وانها في الظاهر
متعارضه بعضها يدل على صحة القول الاول وبعضها يدل على صحة القول
الثاني ونحن نشير الى ذلك اذا انتهينا الى بيان حكم الاعتاق وبيان وقت
ثبوت حكمه واما ترجيح احد القولين على الاخر وتخريج المسائل عليه
فمذكوران في الخلافيات واما التعليق بالملك او بسببه صورة ومعنى
فنحو ان يقول لعبد لا يملكه ان ملكتك فانت حر او ان اشتريتك فانت حر
وانه صحيح عندنا حتى لو ملكه او اشتراه يعتق وان لم يكن الملك موجودا
وقت التعليق وقال الشافعي رحمه الله لا يصح ولا يعتق وقال بشر
المريسي يصح التعليق بالملك ولا يصح بسبب الملك وهو الشرا اما
الكلام مع الشافعي رحمه الله فعلى نحو ما ذكرنا في كتاب الطلاق واما
مع بشر **فوجه قوله** ان اليمين بالطلاق والعتاق لا يصح الا في الملك
او مضافا الى الملك ولم يوجد الاضافة الى الملك لان الشرا قد يفيد
الملك للمشتري وقد لا يفيد كالشرا بشرط الخيار وشرا الوكيل فلم توجد
الاضافة الى الملك لان الشرا قد يفيد الملك للمشتري فلا يصح بخلاف
قوله ان ملكتك **ولنا** ان مطلق الشرا ينصرف الى الشرا المعتاد
وهو الشرا لنفسه ومن غير شرط الخيار وانه من اسباب الملك فكان
ذكره ذكرا للملك والاضافة اليه اضافة الى الملك كانه قال ان ملكتك
فانت حر ولانه لما علق العتق بالشرا ولا بد للملك عند الشرا لثبوت
العتق كان هذا تعليق العتق بالشرا الموجب للعتق للملك كانه قال
ان اشتريتك شرا موجبا للملك فانت حر فاذا اشتراه شرا موجبا
للملك فقد وجد الشرط فيعتق ولو قال ان تسريت جارية فهي حره
فاشترى جارية فتسراها لا تعتق عند اصحابنا الثلاثه وعند زفر
رحمه الله تعتق ولو تسرى جارية كانت في ملكه يوم حلف عتقت بالاجماع

وجه قول زفر رحمه الله انه وجدت الاضافة الى الملك لان الشري لا يصح
بدون الملك فكانت الاضافة الى الشرى اضافة الملك فيصح التعليق ٥
ولنا انه لم يوجد الملك وقت التعليق ولا الاضافة الى الملك والكلام
فيه ولا الى سبب الملك لان الشري ليس من اسباب الملك الا ترى انه
يتحقق في غير الملك كالجاريه المغصوبه واليمين بالعتاق والطلاق ٥
لا يصح الا الى الملك او مضافا الى الملك او سببه ولم يوجد شي من ذلك
واما قوله ان الشري لا صحة له بدون الملك فهذا مسلم ان الملك
شرط صحة الشري وجوازه لكن الحالف جعل نفس الشري ووجوده ٥
شرط العتق والشري نفسه يوجد من غير الملك فلم يكن التعليق به
تعليقا بسبب الملك فلا يصح ثم اختلف في تفسير التسري قال
ابو حنيفه ومحمد هو ان يطاها ويحصنها فيمنعها من الخروج والبروز
سوا طلب منها الولد او لم يطلب وقال ابو يوسف رحمه الله طلب
الولد مع التحصين شرط وجه قوله ان الانسان يطا جاريته ويحصنها
ولا يقال له سريه وانما يقال لذلك اذا كان يطلب منها الولد او تكون
ام ولده وهذا هو العرف والعاده ولهما انه ليس في لفظ التسري
ما يدل على طلب الولد لانه لا يخلو اما ان يكون ماخوذا من التسرر
وهو السرور فتسمى الجاريه سريه بمعنى انها تسر الحوازي اي اسرهن
واما ان يكون ماخوذا من السر وهو الجماع قال الله تعالى ولكن لا
تواعدوهن سرا قيل جماعا وليس في احدهما ما ينبي عن طلب الولد
ولو وطي جارية كانت في ملكه يوم الحلف فعلقت منه لم تعتق لعدم
التسري لانه لم يوجد منه الا الوطي والوطي وحده لا يكون تسريا ٥
بلا خلاف فلم يوجد شرط العتق فلا يعتق ولو قال لامراة حرة ان ملكتك
فانت حرة او قال لها ان اشتريتك فانت حرة فارتدت عن الاسلام
ولحقت بدار الحرب ثم سبيت فاشتراها الحالف ذكر محمد في الجامع على
قياس قول ابي حنيفه لا يعتق وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله تعتق
يعني به قياس قوله في المكاتب او العبد الماذون اذا قال كل عبد
املكه فيما استقبل فهو حر او قال كل عبد اشتريه فهو حر فعتق ثم ملك
عبدا او اشترى عبدا على قول ابي حنيفه رحمه الله لا يعتق وعلى ٥
قولهما يعتق والمسئله تاتي في موضعها ان شا الله تعالى ولو قال
لامة لا يملكها ان اشتريتك فانت حرة بعد موتي فاشتراها صارت
مدبره لانه علق تدبيرها بسبب الملك وهو الشرا لان قوله انت
حرة بعد موتي صورة التدبير وقد علقه بالشرا فيصير عند الشرا
قايلا انت حرة بعد موتي واما التعليق بالملك او بسببه معنى لا صورة

فهو

فهو ان يقول الحر كل مملوك املكه فيما يستقبل فهو حر ويتعلق العتق بملك
يستفيده لانه نص على الاستقبال وروي بن سماعة عن محمد رحمه الله
في النوادر اذا قال كل جاريه اشتريها الى سنة فهي حرة فكل جارية يشتريها
الى سنة فهي حرة ساعة يشتريها قال وان قال كل جارية اشتريها فهي
حرة الى سنة فاشترى جارية لم يعتق الى سنة لان في الفصل الاول عقد
يمينه على الشرا في السنه فيعتق كل جارية يشتريها في السنه ساعة
الشرا كانه قال عند الشرا انت حرة فيعتق كل جارية يشتريها في
السنه وفي الفصل الثاني جعل الشرا شرطا لعتق موقت في السنه
فكانه قال بعد الشرا انت حرة الى سنه قال ولو قال كل مملوك ٥
اشتريه فهو حر غدا فهو على كل مملوك يشتريه قبل الغد ٥
فان اشترى مملوكا غدا لا يعتق لانه جعل الشرا شرطا لنزول حرية
موقته بوجود الغد فلا بد من تقدم الملك على الغد لينزل العتق
الموقت به ولو قال كل مملوك املكه الى ثلاثين سنه فهذا على
ما يستقبل ملكه في الثلاثين سنة اولها من حين حلف بعد سكوته
في قولهم جميعا ولا يكون على ما في ملكه قبل ذلك لانه لما اضاف
العتق الى الاستقبال تعين اللفظ للمستقبل واذا انصرف الى الاستقبال
لا يحمل على الحال اذ اللفظ الواحد لا ينتظم معنيين مختلفين بخلاف قوله
غدا عند محمد لان ذلك ليس اضافة الى الاستقبال بل هو ايقاع عتق على
موصوف بصفة فيتناول كل من كان على تلك الصفه وكذلك اذا قال
كل مملوك املكه ثلثين سنه او في ثلثين سنه او قال املكه الى سنه
او سنة او في سنه او قال املكه ابدا او الى ان اموت فهذا كله ٥
باب واحد يدخل فيه ما يستقبل دون ما كان في ملكه لانه اضاف
الحريه الى المستقبل فان قال اردت بقولي كل مملوك املكه سنة ان
يكون ما في ملكه يوم حلف مستقبل اما سنه دين فيما بينه وبين
الله تعالى ولم يدين في القضا لان الظاهر انه انما وقت السنه ٥
لاستفادة الملك لا لاستمرار الملك القايم فلا يصدق في العدول
عن الظاهر ولو قال ان دخلت الدار فكل مملوك املكه يومئذ ٥
فهو حر او قال اذا قدم فلان فكل مملوك املكه يومئذ فهو حر
ولا نية له عتق على ما في ملكه يوم دخل الدار لانه علق عتق
كل عبد يكون مملوكا له يوم الدخول بالدخول لان معنى يومئذ
اي يوم الدخول هذا هو مقتضى اللغه لان تقديره يوم اذا
دخل الا انه حذف الفعل وعوض عنه بالتنوين فيعتق ما كان
مملوكا له يوم الدخول فكانه قال عند الدخول كل مملوك لي فهو حر

وسوا دخل الدار ليلا او نهارا لان اليوم يذكر ويراد به الوقت المطلق قال
الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال او متحيزا الى فئة
فقد باء بغضب من الله ومأواه جهنم وبئس المصير وهذا الوعيد يلحق
المولي دبره ليلا ونهارا ولان غرض الحالف الامتناع من تحصيل الشرط
فلا يختص بوقت دون وقت ولو قال كل مملوك اشتريه فهو حر ان كلمت
فلانا او اذا كلمت فلانا او اذا جا غد ولا نية له فهذا يقع على ما يشتريه
قبل الكلام فكل مملوك اشتراه قبل الكلام ثم كلم عتق وما اشتراه بعد الكلام
لا يعتق ولو قدم الشرط فقال ان كلمت فلانا او اذا كلمت فلانا او اذا
جا غد فكل مملوك اشتريه فهو حر فهذا على ما يشتريه بعد الكلام لا قبله
حتى لو كان اشترى مماليك قبل الكلام ثم كلم لا يعتق واحد منهم
وما اشتري بعده يعتق **ووجه الفرق** ان في الفصل الاول جعل
الكلام شرط انحلال اليمين لان قوله كل مملوك اشتريه فهو حر يمين
تامه لوجود الشرط والجزا فاذا قال ان كلمت **فلانا** فقد جعل كلام
فلان غاية لانحلالها فاذا كلمه انحلت فلا يدخل ما بعد الكلام كقوله
كل مملوك لي حر ان دخلت الدار وفي الفصل الثاني جعل كلام فلان
شرط انعقاد اليمين فاذا كلمه الان انعقدت اليمين فيدخل فيه ما
بعده لا ما قبله فيصير كانه قال عند الكلام كل مملوك اشتريه فهو
حر وذلك يتناول المستقبل ولو قال كل مملوك اشتريه اذا
دخلت الدار فهو حر او قال ان قدم فلان فهذا على ما يشتري بعد
الفعل الذي حلف عليه ولا يعتق ما اشتري قبل ذلك الا ان يعنيهم لانه
جعل دخول الدار شرطا لانعقاد اليمين فيصير عند دخول الدار
كانه قال كل مملوك اشتريه ... وقوله ان دخلت الدار شرط
اخر ولا يمكن ان يجعلا شرطا واحدا لعدم حرف العطف ولا سبيل
الى الغا الشرط الثاني لان الغا تصرف العاقل مع امكان تصحيحه
خارج عن العقل والتصحيح وجهان **احدهما** ان يجعل الشرط الثاني
مع جزائه يمينا وجزا الشرط الاول وحينئذ لا بد من ادراج حرف
الفا لان الجزا المتعقب للشرط لا يكون بدون حرف الفا وفيه
تغيير **والثاني** ان يجعل شرطا للانعقاد وفيه تغيير ايضا بجعل
المقدم من الشرط موخرا الا ان التغيير فيه اقل لان فيه تبديل محل
الكلام لا غير وفي الاول اثبات ما ليس بثابت فكان الثاني اقل تغييرا
فكان التصحيح به اولى ويسمى هذه اليمين المعترضه لاعتراض شرط
بين الشرط والجزا ولو نوى الوجه الاول صحت نيته لان اللفظ
يحتمله ولهذا قال محمد رحمه الله الا ان يعني غير ذلك فيكون على

ماعني

ما عني ولو قال المكاتب او العبد الماذون كل عبد املكه فهو حر فعتق ثم
ملك عبدا لا يعتق لانه قوله املك للحال لما بينا وله للحال نوع ملك
الا انه غير صالح للاعتاق فتنحل اليمين لا الى جزا ولو قال كل مملوك
املكه اذا اعتقت فهو حر فعتق فملك عبدا عتق لانه علق العتق بالملك
الصالح له بعد عتقه وانه ملك صالح للاعتاق فصحت الاضافه
بخلاف الصبي اذا قال كل مملوك املكه بعد البلوغ فهو حر ثم بلغ فملك
عبدا انه لا يعتق لان الصبي ليس من اهل الاعتاق تنجيزا وتعليقا
لكونه من التصرفات الضارة المحضه فاما العبد فهو من اهله لكونه
عاقلا بالغا الا انه لا ينفذ تنجيز العتق منه لعدم شرطه وهو الملك
فاذا علق بملك يصلح شرطا له صح ولو قال كل مملوك املكه فيما
استقبل فهو حر او قال كل مملوك اشتريه فهو حر فعتق فملك بعد
ذلك عبدا او اشتري عبدا لا يعتق عند ابي حنيفه رحمه الله
وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يعتق **وجه قولهما** ان قوله املكه
فيما استقبل يتناول كل ما يملكه الى اخر عمره فيعمل بعموم اللفظ
كما في الحر ولان في الحمل على الاستقبال تصحيح تصرفه وفي الحمل على الحال
ابطال فكان الحمل على الاستقبال اولى **وجه قول ابي حنيفه** رحمه الله
ان للمكاتب نوع ملك صوري ينسب اليه في حالة الرق وفي حالة
الكتابه بمنزلة المجاز بمقابلة الملك المطلق **الا ترى** الى قوله صلى الله
عليه وسلم من باع عبدا وله مال الحديث اضاف المال اليه بلا زم
الملك دل ان له نوع ملك وهو مراد لهذا الايجاب بالاجماع بدليل
انه لو قال ان ملكت هذا العبد بعينه في المستقبل فهو حر فملكه في حال
الكتابه فباعه ثم اشتراه بعدما صار حرا لا يعتق وتنحل اليمين
بالشرا الاول لان الملك المجازي مراد فخرجت الحقيقه عن الاراده
كي لا يودي الى الجمع بين الحقيقه والمجاز في لفظ واحد وقد قالوا
في عبد قال لله علي عتق نسمه او اطعام مسكين لزمه ذلك وكان
عليه اذا عتق لان هذا ايجاب الاعتاق والاطعام في الغربه ومثله
يحتمل الايجاب فيصح ويلزمه الخروج عنه بعد العتق ولو قال
ان اشتريت هذا العبد فهو حر او ان اشتريت هذه الشاة فهي هدي لم
يلزمه ذلك في قياس قول ابي حنيفه رحمه الله حتي يضيف الى ما بعد
العتق فيقول اذا اشتريته بعد العتق وقال ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله يلزمه لان من اصل ابي حنيفه رحمه الله ان العبد مضافا اليه
الشرا في الحال وان كان بمنزلة المجاز بمقابلة الشرا بعد الحريه والمجاز
مراد فلا تكون الحقيقه مراده **ومن اصلهما** ان هذا يتناول ما يستقبل

من الشرا في عمره وتصحيح اليمين ايضا اولى من ابطالها وقد قالوا جميعا في
مكاتب او عبد قال ان دخلت هذه الدار فعبدي هذا حر ثم اعتق فدخل
الدار لم يعتق العبد لان هذا الملك غير صالح للعتق ولم توجد الاضافه
الى ما يصلح وقالوا في حر قال لامراة حره اذا ملكتك فانت حره او اذا
اشتريتك فانت حره فارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت فاشتراها الحالف
ايضا لا تعتق في قياس قول ابي حنيفه وعندهما تعتق بنا على ان من اصل ابي
حنيفه رحمه الله انه يحمل الملك على ما يثبت به الحل في الحال وهو ملك النكاح
ههنا والشرا ايضا يصلح عبارة عن سبب هذا الملك وهو النكاح والحريه
ايضا يصلح عبارة عما يبطله وهو الطلاق وكلام ابي حنيفه رحمه الله في هذا
الفصل ظاهر لان اليمين يحمل على ما يسبق الى الاوهام ولا ينصرف
الاوهام الى ارتدادها ولحوقها بدار الحرب وسبيها لان ذلك غير مظنون
بالمسلمه فكان صرف كلامه الى ما ذكرنا اولى من صرفه الى ما لا يسبق اليه
الاوهام ومن اصلهما انه يحمل اطلاق الملك على الملك الحقيقي الصالح للاعتاق
وهو الذي يوجد بدون السبي **و**لو قال لها اذا ارتددت وسبيت فملكتك
او اشتريتك فانت حره فكان ذلك عتقت في قولهم لانه اضاف العتق
الى الملك الحقيقي فيضاف اليه والله اعلم **ومن هذا القبيل** اذا قال اول
عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق لان الاول اسم لفرد سابق وقد
وجد ولو اشترى عبدين معا لم يعتق احدهما لانه ان وجد معنى السبق
فلم يوجد معنى التفرد فان اشترى عبدين معا ثم اشترى اخر لم يعتق
الثالث لانه ان وجد فيه معنى التفرد فقد انعدم معنى السبق وقد
استشهد محمد في الكتاب لبيان ان الثالث ليس باول انه لو قال اخر
عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدين معا ثم اشترى اخر ثم مات
المولى انه يعتق الثالث فدل انه اخر واذا كان اخرا لا يكون اولا ضروره
لاستحالة كون ذات واحده من المخلوق اولا واخرا ولو قال اول عبد
اشتريه واحدا فهو حر عتق الثالث لانه اعتق عبدا يتصف بكونه فردا
سابقا في حال الشرا وقد وجد هذا الوصف في العبد الثالث ولو قال
اخر عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا ثم لم يشتر غيره حتى مات المولى لم
يعتق لان الاخر اسم لفرد لاحق وهذا فرد سابق فكان اولا
لا اخرا ولو اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات المولى عتق الثاني لانه
اخر عبد اشتراه واختلف في وقت ثبوت العتق **واختلف** في وقت
ثبوت العتق فعند ابي حنيفه رحمه الله يعتق يوم اشتراه وعند
ابي يوسف ومحمد يوم مات **وجه قولهما** انه علق العتق بصفة الاخريه
وانما تتحقق عند موته اذا لم يشتر اخر **الا ترى** انه لو اشترى بعده

عبدا اخر خرج هو من ان يكون اخرا فتوقف ايضا به بكونه اخرا على عدم
الشرا بعده ولا يتحقق ذلك الا بالموت **وجه قول ابي حنيفه** انه لما لم
يشتر اخرا حتى مات تبين انه كان اخرا يوم اشتراه الا انا كنا لا نعرف ذلك
لجواز ان يشتري اخر بعده فتوقفنا في تسميته اخرا فاذا لم يشتر اخر حتى
مات زال التوقف وتبين انه كان اخرا من وقت الشرا ولو اشترى عبدا
ثم عبدين معا لم يعتق احد منهم **اما الاول** فلا شك فيه لانه اول فلا يكون
اخرا واما الاخران فلان الاخر اسم لفرد لاحق ولم يوجد معنى التفرد فلا
يعتق احدهما **واما بيان** ما يظهر به وجود الشرط فالحالف لا يخلو اما
ان يكون مقرا بوجود الشرط واما ان يكون منكرا وجوده فان كان الشرط
مقرا يظهر باقراره كائنا ما كان الشرط وان كان منكرا فان كان الشرط مما
لا يعرف الا من قبل المحلوف بعتقه كمشيئته ومحبته وبغضه والحيض ونحو
ذلك يظهر بقوله واذا اختلفا كان القول قوله لانه اذا كان امرا لا يعرف
الا من قبله كان الظاهر شاهدا له فكان القول قوله وان كان امرا
يمكن الوصول اليه من قبل غيره كدخول الدار وكلام زيد وقدوم عمرو
ونحو ذلك اذا اختلفا لا يظهر الا ببينه تقوم عليه من العبد ويكون القول
عند عدم البينه قول المولى لان العبد يدعي عليه العتق وهو ينكر فكان
القول قول المنكر مع يمينه ولو كان الشرط ولادة الامه بان قال لها اذا
ولدت فانت حره فقالت ولدت وكذبها المولى فشهدت امراة على
الولاده لا تعتق عند ابي حنيفه رحمه الله حتى يشهد بالولاده رجلان او
رجل وامراتان وعندهما يعتق بشهادة امراة واحده ثقه **و**المسئله
مرت في فصول العده من كتاب الطلاق بتوفيق الله عز وجل **واما الثالث**
وهو بيان من يدخل تحت مطلق اسم المملوك في الاعتاق المضاف اليه
ومن لا يدخل **فنقول** وبالله التوفيق يدخل تحته عبد الرهن والوديعه
والابق والمغصوب والمسلم والكافر والذكر والانثى لانعدام الخلل
في الملك والاضافه ولو قال عنيت به الذكور دون الاناث لم يدين
في القضا لانه ادخل كلمة الاحاطه على المملوك فاذا نوى به البعض فقد
نوى تخصيص العموم وانه خلاف الظاهر فلا يصدق في القضا ويصدق
فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى ما يحتمله كلامه ويدخل فيه المدبر
والمدبره وام الولد وولدهما لما قلنا **الا ترى** ان للمولى ان يطا المدبره
وام الولد مع ان حل الوطي يبتغي شرطها الا باحد نوعي الملك مطلقا بقوله
تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم
فانهم غير ملومين ولا يدخل فيه المكاتب الا ان يعينه لانه خرج عن يده
لعقد الكتابه وصار حرا يدا فاختل الملك والاضافه فلا يدخل تحت اطلاق

الطلاق اسم المملوك ولهذا لا يحل له وطيها ولو وطيها يلزمه العقر وان عناه
المكاتبين عتقوا لان الاسم يحتمل ما عنى وفيه تشديد على نفسه فيصدق وكذا
لا يدخل فيه العبد الذي اعتق بعضه لانه حر عندهما وعنده بمنزلة المكاتب
ويدخل عبده المأذون سواء كان عليه دين او لم يكن لما قلنا **واما** عبيد
عبده المأذون اذا لم يكن عليه دين فهل يدخلون **قال** ابو حنيفة وابو يوسف
رحمهما الله لا يدخلون الا ان ينويهم وقال محمد رحمه الله يدخلون من غير نية
وجه قوله انه اذا لم يكن على العبد دين فعبد عبده ملكه بلا خلاف فيعتق
ولهما ان في الاضافة اليه قصورا **الا ترى** انه يقال هذا عبد فلان
وهذا عبد عبده فلا يدخل تحت مطلق الاضافة الا بالنية لانه لما نوى
فقد اعتبر الملك دون الاضافة **والحاصل** ان محمدا يعتبر نفس الملك ولا خلل
في نفسه وهما يعتبران معه الاضافة وفي الاضافة خلل واعتبارهما اولى
لان الحالف اعتبر الامرين جميعا بقوله كل مملوك لي فما لم يوجدا على الاطلاق
لا يعتق وان كان على عبده دين محيط برقبته وبما في يده لم يعتق عبيده
عند ابي حنيفة رحمه الله وان نواهم بناء على اصله ان المولى لا يملك عبيد عبده
المأذون المديون دينا مستغرقا لرقبته وكسبه **وقال** ابو يوسف رحمه الله
ان نواهم عتقوا لانهم مماليكه الا انهم لا يضافون اليه عند الاطلاق فاذا
نوى وفيه تشديد على نفسه عتقوا وعند محمد يعتقون وان لم ينوهم
بناء على ما ذكرنا ان محمدا لا ينظر الا الى الملك وهما ينظران الى الملك والاضافة
جميعا ولا يدخل فيه مملوك بينه وبين اجنبي كذا قال ابو يوسف رحمه الله
لان بعض المملوك لا يسمى مملوكا حقيقة وان نواه عتق استحسانا لانه نوى
ما يحتمله لفظه في الجملة وفيه تشديد على نفسه فيصدق وهل يدخل فيه
الحمل ان كان امه في ملكه يدخل ويعتق بعتقها وان كان في ملكه الحمل دون
الام بان كان موصى له بالحمل لم يعتق لانه لا يسمى مملوكا على الاطلاق
لان في وجوده خطرا ولهذا لا تجب على المولى صدقة الفطر عنه **والدليل**
عليه انه لو قال ان اشتريت مملوكا فهو حر فاشترى جارية حاملا لم يعتقا
لان شرط الحنث شراء مملوك والحمل لا يسمى مملوكا على الاطلاق وكذا لو
قال لامته كل مملوك لي غيرك حر لم يعتق حملها فثبت ان اطلاق اسم المملوك
لا يتناول الحمل فلا يعتق الا اذا كانت امه في ملكه فيعتق بعتقها لانه في
حكم اجزائها **واما** التعليق الذي فيه معنى المعاوضة وهو الكتابة والاعتاق
على مال اما الكتابة فلها كتاب مفرد واما الاعتاق على مال فالكلام فيه
يقع في مواضع **في** بيان الفاظه **وفي** بيان ماهية الاعتاق على مال **وفي**
بيان ما يصح تسميته من البدل وما لا يصح **وفي** بيان حكم صحة التسمية وفسادها
اما الاول فنحو ان يقول لعبده انت حر على الف درهم او بالف درهم

او

او على ان تعطيني الفا او على ان تؤديني الفا او على ان تجيئني بالف او على ان لي عليك
الفا او على الف تؤديها الي وكذا لو قال بعت نفسك منك على كذا او وهبت
لك نفسك على ان تعوضني كذا او قوله انت حر على كذا او اعتقتك على
كذا سواء اذا قبل عتق لما ذكرنا فيما تقدم ان البيع ازالة ملك المبيع عن
البايع والهبة ازالة ملك الواهب عن الموهوب ثم لو كان المشتري والموهوب
له ممن يصح له الملك في المبيع والموهوب يثبت الملك لهما والعبد
ممن لا يصح ان يملك نفسه لما فيه من الاستحالة فبقي البيع والهبة ازالة
الملك لا الى احد ببدل على العبد وهذا تفسير الاعتاق على مال ولو
قال انت حر وعليك الف درهم يعتق من غير قبول ولا يلزمه المال
عند ابي حنيفة وعندهما لا يعتق الا بالقبول فاذا قبل عتق ولزمه
المال **وعلى هذا** الخلاف اذا قال العبد لمولاه اعتقني ولك علي
الف درهم فاعتقه والمسئلة ذكرت في كتاب الطلاق واما بيان
ماهيته فالاعتاق على مال من جانب المولى تعليق وهو تعليق العتق
بشرط قبول العوض فيراعى فيه من جانبه احكام التعليق حتى لو ابتدا
المولى فقال انت حر على الف درهم ثم اراد ان يرجع عنه قبل قبول العبد
لا يملك الرجوع عنه ولا الفسخ ولا النهي عن القبول ولا يبطل بقيامه عن
المجلس يصح ويصح تعليقه بالشرط واضافته الى وقت بان يقول له
ان دخلت الدار او ان كلمت فلانا فانت حر على الف درهم غدا او راس
الشهر كذا او نحو ذلك ولا يصح شرط الخيار منه بان قال انت حر على
الف على اني بالخيار ثلاثة ايام ومن جانب العبد معاوضة وهو
معاوضة المال بالعتق لانه من جانبه تمليك المال بالعوض وهذا
معنى معاوضة المال فيراعى فيه من جانبه معاوضة احكام المال
كالبيع ونحوه حتى لو ابتدا العبد فقال اشتريت نفسي منك بكذا فله
ان يرجع عنه ويبطل بقيامه عن المجلس قبل قبول المولى وبقيام المولى
ايضا ولا يقف على الغايب عن المجلس ولا يحتمل التعليق بالشرط
والاضافة الى الوقت بان قال اشتريت نفسي منك بكذا اذا جاء غد
او قال عند راس شهر كذا ولو قال اذا جاء غد فاعتقني على كذا جاز
لان هذا توكيل منه بالاعتاق حتى يملك العبد عزله قبل وجود
الشرط وبعده قبل ان يعتقه ولو لم يعزله حتى اعتقه نفذ اعتاقه
ويجوز بشرط الخيار لهما عند ابي حنيفة رحمه الله على ما ذكرنا في
كتاب الطلاق في فصل الخلع والطلاق على مال ولا يصح الاعتاق على
مال الا في الملك لان التعليق بما سوى الملك وسببه من الشروط
لا صحة له بدون الملك وكذا المعاوضة ويعتق العبد بنفس القبول

لانه من جانبه تعليق العتق بشرط قبول العوض وقد وجد الشرط فينزل
المعلق كالتعليق بدخول الدار وغيره ومن جانب العبد معاوضة وزوال
الملك عن المعوض يتعلق بنفس قبول العوض في المعاوضات كالبيع ونحوه
بخلاف قوله ان اديت الي الفا فانت حر لانه ليس فيه معنى المعاوضة راسا
بل هو تعليق محض وقد علقه بشرط الادا فلا يعتق قبله والعتق ههنا
تعلق بالقبول فاذا قبل عتق ولو قال المولى اعتقتك امس بالف درهم
فلم يقبل فقال العبد قبلت فالقول قول المولى مع يمينه لانه من جانب
المولى تعليق بشرط القبول والعبد يدعي وجود الشرط والمولى ينكر
فكان القول قول المولى كما لو قال لعبده ان دخلت الدار اليوم فانت
حر فمضى اليوم والعبد يدعي الدخول وانكر المولى كان القول قول المولى
كذا ههنا ولو كان الاختلاف في البيع كان القول قول المشتري بان
قال البايع بعتك عبدي امس بالف درهم فلم يقبل وقال المشتري
قبلت بل فالقول قول المشتري **والفرق** ان البيع لا يكون بيعا الا
بعد قبول المشتري فاذا قال بعتك فقد اقر بالقبول فيقوله لم يقبل
يريد الرجوع عما اقر به وابطال ذلك فلم يقبل بخلاف الاعتاق على مال
لان كونه تعليقا لا يتوقف على وجود القبول من العبد انما ذلك شرط
وقوع العتق فكان الاختلاف واقعا في ثبوت العتق وعدمه فكان
القول قول المولى ولو اختلف المولى والعبد في مقدار البدل فالقول
قول العبد لانه هو المستحق عليه المال فكان القول قوله في القدر
المستحق كما في ساير الديون ولانه لو وقع الاختلاف في اصل الدين
كان القول قول المنكر فكذا اذا وقع في القدر وان اقاما بينة
فالبينة بينة المولى لانه تثبت زيادة بخلاف التعليق بالادا اذا اختلفا
في مبلغ المال ان القول فيه قول المولى لان الاختلاف هناك وقع
في شرط ثبوت العتق اذ هو تعليق محض فالعبد يدعي العتق على
المولى وهو ينكر فكان القول قوله وان اقاما البينة فالبينة بينة
العبد لان الاصل هو العمل بالبينتين ما امكن اذ هو عمل بالدليلين
وههنا امكن الجمع بينهما لعدم التنافي لانا نجعل كان المولى علق عتقه
بكل واحد من الشرطين على حياله فايهما وجد عتق ثم اذا قبل العبد
عتق وصار البدل المذكور دينا في ذمته اذا كان مما يحتمل الثبوت
في الذمة في الجملة على ما نبين ويسعى وهو حر في جميع احكامه وذكره
على الرازي رحمه الله اصلا فقال المستسعي على ضربين كل من يسعى في
بدل رقبته الذي لزمه بالعتق او في قيمة رقبته لاجل بدل شرط عليه
اوالدين ثبت في رقبته فهو بمنزلة الحر في احكامه مثل ان يعتق الراهن عبده

المرهون وهو معسر وكذلك العبد الماذون اذا اعتق وعليه دين وكذلك
امة اعتقها سيدها على ان تتزوجه فقبلت ثم ابت فانها تسعى في قيمتها وهي
بمنزلة الحرة وكذلك اذا قال لعبده انت حر على قيمة رقبتك فقبل ذلك
فهو بمنزلة الحر وانما كان كذلك لان السعاية في هذه الفصول لزمت
بعد ثبوت الحرية وفي الفصل الاول قبل ثبوتها وانما يسعى ليتوسل
بالسعاية الى الحرية عند ابي حنيفة رحمه الله وعلى هذا لو ابرا المولى المكاتب
من مال الكتابة فلم يقبل فهو حر وعليه ان يودي الكتابة لان الابرا يصح
من غير قبول الا انه يرتد بالرد لكن فيما يحتمل الرد والعتق لا يحتمل الرد
فلم يرتد بالرد والمال يحتمل الرد فيرتد بالرد فيعتق ويلزمه المال
ولو قال لامته انت حرة على الف درهم فقبلت ثم ولدت ثم ماتت لم يكن
على الولد ان يسعى في شي مما اعتقت عليه لانها عتقت بالقبول
ودين الحرة لا يلزم ولدها وسوا اعتق عبده على عوض فقبل او نصف
عبده على عوض فقبل انه يصح غير انه اذا اعتق نصفه على عوض
فقبل او نصف عبده على عوض فقبل انه يصح يعتق نصفه بالعوض
ويسعى العبد في نصف قيمته عن النصف الاخر فاذا ادى السعاية عتق
باقيه وهو قبل الادا بمنزلة المكاتب في جميع احكامه الا انه لا يرد في الرق
وهذا قول ابي حنيفة وعلى قول ابي يوسف ومحمد يعتق كله ولا يعتق عليه
بنا على ان العتق يتجزى عنده فعتق البعض يوجب عتق الباقي فيجب
تخريجه الى العتاق فتلزمه السعاية وعندهما لا يتجزى فكان عتق البعض
بعوض عتقا للكل بذلك العوض وذكر محمد رحمه الله في الزيادات
فيمن قال لعبده انت حر على ماية دينار فقال العبد قبلت عتق
وكان عليه المالان جميعا وكذا لو قال لامراته انت طالق ثلاثا
على الف درهم انت طالق ثلاثا على ماية دينار فقال العبد قد
قبلت عتق طلقت بالمالين جميعا وهذا قول محمد رحمه الله تعالى وقال
ابو يوسف في مسئلة الطلاق القول على الكلام الاخير وهي طالق
ثلاثا بماية دينار وقال الكرخي وكذلك قياس قوله في العتق
ووجهه انه لما اوجب العتق بعوض ثم اوجبه بعوض اخر فقد
انفسخ الايجاب الاول فتعلق القبول بالثاني كما في البيع ولمحمد
رحمه الله ان الاعتاق والطلاق على مال تعليق من جانب المولى
والزوج وانه لا يحتمل الانفساخ فلم يتضمن الايجاب الثاني
انفساخ الاول ولو باع المولى العبد من نفسه فيصح الايجابان
وينصرف القبول اليهما جميعا اذ هو يصلح جوابا لهما جميعا فيلزم
المالان جميعا بخلاف البيع لان ايجاب البيع يحتمل الفسخ فيتضمن الثاني

ولو باع المولى العبد من نفسه او وهب له نفسه على عوض فله ان يبيع العوض قبل القبض لانه مملوك بسبب لا ينفسخ بهلاكه فجاز التصرف فيه قبل قبضه كالميراث وله ان يعتقه على مال موجل ويكون ذلك دينا عليه موجلا وله ان يشتري منه شيا يدا بيد ولا خير فيه نسيه لان من اصل اصحابنا ان جميع الديون يجوز التصرف فيها قبل القبض كاثمان البياعات والقروض والغصوب الا بدل الصرف والسلم الا انه لا بد من القبض في المجلس لئلا يكون افتراقا عن دين بدين ولو اعطاه كفيلا بالمال الذي اعتقه عليه فهو جايز لانه صار حرا بالقبول والكفاله بدين على حر جايزه كالكفاله بساير الديون وولاه يكون للمولى لانه عتق على ملكه والمال دين على العبد لانه من جانبه معاو ضه والمولى ايضا لم يرض بخروجه عن ملكه الا ببدل وقد قبله العبد والله اعلم **واما بيان ما يصح تسميته** من البدل وما لا يصح وبيان حكم التسميه وفسادها فالبدل لا يخلوا اما ان يكون عين مال واما ان يكون منفعه وهي الخدمه فان كان عين مال فاما ان كان بعينه بان كان معينا مشارا اليه واما ان كان بغير عينه بان كان مسمى غير مشار اليه فان كان بعينه عتق اذا قبل لان عدم ملكه لا يمنع صحة تسميته عوضا لانه مال معصوم متقوم معلوم ثم ان اجاز المالك سلم عينه الى المولى وان لم يجز فعلى العبد قيمة العين لان تسميته قد صحت ثم تعذر تسليمه لحق الغير فيجب قيمته اذ الاعتاق على القيمه جايز كما اذا قال اعتقتك على قيمة رقبتك او على قيمة هذا الشي فقبل يعتق وكذا اذا عدم الملك في باب البيع لا يمنع صحة التسمية ايضا حتى لو اشترى شيا بعبد مملوك لغيره صح العقد الا ان هناك ان لم يجز المالك يفسخ العقد اذ لا سبيل الى ابقاعه على القيمة اذ البيع بالقيمه بيع فاسد وههنا لا يفسخ لامكان الابقاع على القيمه اذ الاعتاق على القيمه اعتاق صحيح فيجب قيمته كما في النكاح والخلع والطلاق على مال **وان كان** بغير عينه فان كان المسمى معلوم الجنس والنوع والصفه كالمكيل والموزون فعليه المسمى **وان كان** معلوم الجنس والنوع مجهول الصفه كالثياب المصرويه والحيوان من الفرس والعبد والجاريه فعليه الوسط من ذلك واذا جا بالقيمه يجبر المولى على القبول لان جهالة الصفه لا تمنع صحة التسميه فيما وجب بدلا عما ليس بمال كالمهر وبدل الصلح عن دم العمد **وان كان** مجهول الجنس كالثوب والدابه والدار فعليه قيمة نفسه لان الجهالة متفاحشه فتفسد التسميه **والاصل فيها** ان كل جهالة تزيد على جهالة القيمه توجب فساد التسميه كالجهالة الزايده على جهالة مهر المثل في باب النكاح والكلام فيه كالكلام في المهر **وقد ذكرناه** على سبيل الاستقصا في كتاب النكاح الا ان هناك اذا فسدت التسميه يجب مهر المثل

ومنها

وههنا يجب قيمة العبد لان الموجب الاصلي هناك مهر المثل لانه قيمة البضع وهو العدل والمصير الى المسمى عند صحة التسميه فاذا فسدت صير الى الموجب الاصلي والموجب الاصلي ههنا قيمة العبد لان الاعتاق على مال معاوضه من جانب العبد ومبنى المعاوضه على المعادله وقيمة الشي هي التي تعادله الا ان عند صحة التسميه تعدلعنها الى المسمى فاذا فسدت وجب العوض الاصلي وهو قيمة نفس العبد وان كان البدل منفعه وهي خدمته بان قال لعبده انت حر على ان تخدمني سنه فقبل فهو حر حين قبل ذلك وعليه خدمته يوخذ بها لان تسمية الخدمه قد صحت فيلزمه المسمى كما اذا اعتقه على مال عين فان مات المولى قبل الخدمه بطلت الخدمه لانه قبل الخدمه للمولى وقد مات المولى لكن للورثه ان ياخذوا العبد بقيمة نفسه وان كان قد خدم بعض السنه فلهم ان ياخذوه بقدر ما بقي من الخدمه وهذا قول ابي حنيفه وابي يوسف وقال محمد يوخذ العبد بقيمة تمام الخدمه ان كان لم يخدم وان كان قد خدم بعض الخدمه يوخذ بقيمته ما بقي من الخدمه وكذلك اذا قال انت حر على ان تخدمني اربع سنين فمات المولى قبل الخدمه وكذلك لو مات العبد وترك مالا يقضي لمولاه في ماله بقيمة نفسه على قولهما على العبد قيمة نفسه وعند محمد رحمه الله عليه قيمة خدمته اربع سنين ولو كان العبد خدمه سنة ثم مات المولى فعلى قولهما على العبد ثلاثة ارباع قيمة نفسه وعلى قول محمد رحمه الله عليه قيمة خدمته ثلاث سنين وكذلك لو مات العبد وترك مالا يقضي لمولاه في ماله بقيمة نفسه عندهما وعنده يقضي بقيمة الخدمه **واصل المسيله** ان من باع العبد من نفسه بجاريه بعينها ثم استحقت الجاريه فعلى قولهما يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه وعلى قول محمد رحمه الله يرجع عليه بقيمة الجاريه وكذلك لو لم يستحق ولكنه وجد بها عيبا فردها فهو على هذا الاختلاف **وجملة الكلام فيه** ان المولى اذا قبض العوض ثم استحق من يده فان كان العوض بغير عينه كالمكيل والموزون الموصوفين في الذمه او العوض والحيوان كالثوب الهروي والعرض والعبد والجاريه فعلى العبد مثله في المكيل والموزون والوسط في العرض والحيوان لان العقد وقع على ما في الذمه وانما المقبوض عوض عما في الذمه فاذا استحق المقبوض فقد انفسخ فيه القبض فبقي موجب العقد على حاله فله ان يرجع على العبد بذلك وان كان عينا في العقد وهو مكيل او موزون فكذلك يرجع المولى على العبد بمثله لما قلنا وان كان عوضا او حيوانا فقد قال ابو حنيفه رحمه الله

وابو يوسف يرجع على العبد بقيمة نفسه وقال محمد رحمه الله يرجع عليه بقيمة
المستحق **وجه قول محمد رحمه الله** ان العقد لم ينفسخ باستحقاق العوض لانه
لا يحتمل النسخ فبقي موجبا تسليم العوض وقد عجز عن تسليمه فيرجع عليه
بقيمته كالخلع والصلح عن دم العمد **وجه قولهما** ان العقد قد انفسخ
في حق احد العوضين وهو المستحق لانه تبين انه وقع على عين هي ملك
المستحق ولم يجز واذا انفسخ العقد في حقه لم يبق موجبا على العبد
تسليمه فلا يجب قيمته والانفساخ في حق احد العوضين يقتضي انفساخه
في حق العوض الاخر وهو نفس العبد الا انه تعذر اظهاره في صورة
العبد فيجب اظهاره في معناه وهو قيمته فيجب عليه رد قيمته قائما
مقام رد عينه كمن باع عبدا بجارية فاعتقها ومات العبد قبل
التسليم انه يجب على البايع رد قيمة العبد لا رد قيمة الجارية كذا
ههنا ثم ما ذكرنا من الاختلاف في العيب اذا كان العيب فاحشا
لان العيب الفاحش في هذا الباب يوجب الرد بلا خلاف كما في باب
النكاح فاما اذا كان غير فاحش فكذلك عندهما واما عند محمد
فلا يملك ردها لانه مبادلة المال بما ليس بمال فاشبه النكاح والمرأة
في باب النكاح لا تملك رد المهر الا في العيب الفاحش فكذا المولى
ههنا ولو قال عبد لرجل اشتر لي نفسي من مولاي بالف درهم
فاشتراه فالوكيل لا يخلو اما ان بين وقت الشرا انه يشتري نفس
العبد للعبد واما ان لم يبين فان بين جاز الشرا وعتق العبد
بقبول الوكيل ويجب الثمن لانه اتى بما وكل به فينفذ على الموكل ثم
ذكر في الجامع ان المولى يطالب الوكيل بالثمن والوكيل يطالب العبد
فقد جعل هذا التصرف في حكم معاوضة المال بالمال كالبيع ونحوه
لان حقوق العقد انما ترجع الى الوكيل في مثل هذه المعاوضة
وذكر في الوكالة انه يطالب العبد ولا يطالب الوكيل واعتبره
معاوضة المال بما ليس بمال كالنكاح والخلع والطلاق على مال
والصلح عن دم العمد وان لم يبين يصير مشتريا لنفسه لا للعبد
لانه اذا لم يبين فالبايع رضي بالبيع لا بالاعتاق فلو
قلنا انه يصير مشتريا للعبد ويعتق لكان فيه اثبات الولاية
على البايع من غير رضاه وهذا لا يجوز وكذلك لو بين لكنه
خالف في الثمن بان اشترى بزيادة يكون مشتريا لنفسه لما قلنا
هذا اذا امر العبد رجلا فاما اذا امر رجل للعبد بان يشتري
نفسه من مولاه بالف درهم فاشترى فان بين وقت الشرا انه
يشتري للامر يكون للامر ولا يعتق لانه اشترى للامر لا لنفسه

فيقع

فيقع الشرا للامر ويصير قابضا لنفسه بنفس العقد لانه في يد نفسه وليس
للبايع ان يحبسه لاستيفا الثمن لانه صار مسلما اياه حيث عقد على شي هو
في يده وهو نفسه ولو وجد الامر به عيبا له ان يرده ولكن العبد هو
الذي يتولى الرد لانه وكيل وحقوق هذا العقد يرجع الى العاقد
وان لم يبين ولو قال لمولاه بع نفسي مني بالف درهم فباع صار مشتريا
لنفسه وعتق لان بيع نفس العبد منه اعتاق وكذا اذا بين وخالف
امره يصير مشتريا لنفسه ويعتق ولو قال للعبد واحد انت حر
على الف درهم فقبل او ان قال له انت حر على مائة دينار فان قال
قبلت بالمالين عتق ويلزمه المالان جميعا بلا خلاف وان قال قبلت
منهما ولم يبين فكذلك في قول محمد وكذلك لو قال لامراته انت
طالق ثلاثا على مائة دينار انها ان قالت قبلت بالمالين طلقت
بالمالين بلا خلاف وان ابهمت بان قالت قبلت طلقت ثلاثا
بالمالين جميعا في قول محمد رحمه الله واما عند ابي يوسف فالكلام
فالقبول على الكلام الاخير في المسئلتين **ووجهه** ان القبول خرج
عقيب الايجاب الاخير فينصرف اليه ولانه لما اوجب بعوض ثم
اوجب بعوض اخر يتضمن الثاني انفساخ الاول كما في البيع فيتعلق
القبول بالثاني كما في البيع **ولمحمد الفرق** بين الاعتاق والطلاق
على مال وبين البيع وهو ان الاعتاق والطلاق على مال تعليق
من جانب المولى والزوج وانه لا يحتمل الرفع والفسخ فيوجب الثاني
ارتفاع الاول **هذا** اذا قبل بالمالين او قبل على الابهام
فاما اذا قبل باحد المالين بان قال قبلت بالدراهم او قال قبلت
بالدنانير ذكر القاضي في شرح مختصر الطحاوي انه لا يعتق وعلل
بان للمولى ان يقول اعتقتك بالمالين فلا يعتق بقبول احدهما
مع الشك وذكر ابو يوسف في الامالي انه يعتق **ووجهه** ان المولى
اتى بايجابين فكان للعبد ان يقبل ايهما شا ولو قال انت حر على
الف درهم او مائة دينار فان قبل باحد المالين عينا عتق بان
قال قبلت بالدراهم او قال قبلت بالدنانير لانه اعتقه باحد
المالين وقد قبل باحد المالين فوجد شرط العتق فعتق ويلزمه
ما قبل وان قبل باحد المالين غير عين عتق ايضا لوجود
الشرط ويلزمه احد المالين والبيان اليه كما اذا قال لفلان علي
الف درهم او مائة دينار يلزمه احدهما والبيان اليه كذا ههنا
ولو قال قبلت بالمالين لا شك انه يعتق لان في قبول المالين
قبول احدهما فوجد شرط العتق فيعتق ويلزمه احد المالين

لانه اعتقه على احد المالين فلا يلزمه الزياده وخيار التعيين اليه لان
قوله قبلت يصلح جواب الايجاب فيصير كانه قال قبلت باحدهما ولم يعين
او قال قبلت بهما وهناك يعتق وخيار التعيين اليه كذا ههنا ه
وعلى هذا اذا قال لامراته انت طالق على الف درهم او على مائة دينار
فقبلت باحدهما عينا او غير عين او قبلت بالمالين او انهمت لما قلنا
في العتق وكذلك لو قال انت حر على الف درهم او على مائة دينار الفين
الا ان ههنا اذا قبل بالمالين يعتق بالف ولا يخير لان الجنس متحد
والتخيير بين الاقل والاكثر في الجنس الواحد لا يفيد لانه لا يختار
الا الاقل بخلاف الفصل الاول لان هناك اختلف الجنس فكان
التخيير مفيدا **هذا كله** اذا اضاف العتق الى معين فاما اذا
اضافه الى مجهول بان قال لعبديه احدكما حر بالف درهم لا يعتق
واحد منهما ما لم يقبلا جميعا حتى لو قبل احدهما ولم يقبل الاخر
لا يعتق واحد منهما ما لم يقبلا جميعا حتى لو قبل احدهما ولم يقبل
الاخر لا يعتق لان قوله احدكما يقع على القابل ويقع على غير القابل
فمن الجائز انه عنى به غير القابل **الا ترى** ان له ان يقول عنيت
غير القابل لكان فيه اثبات العتق بالشك وان قبلا جميعا فان
قبل كل واحد منهما بخمسمائة لا يعتق واحد منهما لانه اعتق
احدهما بالف لا بخمسمائة وان قبل كل واحد منهما بان قال كل
واحد منهما قبلت بالف او قال قبلت ولم يقل بالف او قالا
قبلنا بالف او قالا قبلنا ولم يذكرا الالف عتق احدهما بالف
لوجود شرط العتق وهو قبول كل واحد منهما الالف ويقال للمولى
اختر العتق في احدهما لانه هو الذي اجمل العتق فكان البيان
اليه فايهما اختار عتق ولزمته الالف فان مات قبل البيان
يعتق من كل واحد منهما نصفه بخمسمائة ويسعى في نصف قيمته
لانه لما مات قبل البيان فقد شاع عتق رقبة فيهما فينقسم عليهما
نصفين ولو قال احدكما حر بالف درهم فقبلا ثم قال احدكما حر
بالف درهم او قال احدكما حر بغير شئ فالقول الثاني لغو لانهما لما
قبلا العتق بالايجاب الاول فقد نزل العتق في احدهما لوجوده
شرط النزول وهو قبولهما فالايجاب الثاني يقع جمعا بين حر
وعبد فلا يصح ولو لم يقبلا العتق بالايجاب الاول فصح الايجاب
الثاني وهو تخيير العتق على احدهما غير عين فيقال للمولى اصرف
اللفظ الثاني الى احدهما فاذا صرفه الى احدهما عتق ذلك بغير
شئ لان التخيير حصل بغير بدل واما الاخر فان قبل البدل

في المجلس يعتق والا فلا لان الايجاب الاول وقع صحيحا لحصوله بين عبدين
وتعلق الوجوب بشرط القبول وقد وجد وفيه ضرب اشكال وهو
ان شرط وجوب الحرية لاحدهما هو قبولهما ولم يوجد ههنا الا قبول
احدهما فينبغي ان لا يعتق العبد الاخر **والجواب** ان الايجاب
اضيف الى احدهما **الا ترى** انه قال احدكما حر وقد وجد القبول من
احدهما ههنا الا انه اذا لم يجز عتق احدهما يتوقف عتق احدهما على
قبولهما جميعا لاحتمال انه اراد به الاخر فاذا عينه في الحجر علم انه
ما اراده بالايجاب الاول لان اعتاق المعتق لا يتصور فتعين
الاخر للقبول وقد قبل فيعتق ولو قبلا جميعا قبل البيان عتقا
لان العتق لم ينزل بالايجاب الاول لانه تعليق العتق بشرط
القبول فلا ينزل قبل وجود الشرط فيصح الايجاب الثاني فاذا
قبلا جميعا فقد تيقنا بعتقهما لان ايهما اريد بالايجاب الاول
عتق بالقبول وايهما اريد بالايجاب الثاني عتق من غيره
قبول لانه ايجاب بغير بدل فكان عتق كل واحد منهما متيقنا به
لكن عتق احدهما بالايجاب الاول وعتق الاخر بالايجاب الثاني
فيعتقان ولا يقضى عليهما بشئ لان احدهما وان عتق بالايجاب
ببدل الا انه مجهول والقضاء بايجاب المال على المجهول متعذر
كرجلين قالا لرجل لك على احدنا الف درهم انه لا يلزمهما
بهذا الاقرار شئ لكون المقضي عليه مجهولا كذا هذا ولو لم يقبلا
جميعا ولكن قبل احدهما لا يعتق الا احدهما لوجود شرط عتق
احدهما وهو قبول احدهما في هذه الصوره لما بينا من الفقه
ثم ان صرف المولى اللفظ الثاني الى غير القابل عتق غير القابل
بغير شئ وعتق غير القابل باللفظ الاول بالف ان قبل في المجلس
لان القابل منهما يعتق بالايجاب الاول وانه ايجاب ببدل
فيعتق ببدل وغير القابل يعتق بالايجاب الثاني وانه ايجاب
بغير بدل فيعتق بغير بدل ولو قال لعبديه احدكما حر
بغير شئ ثم قال احدكما حر بالف درهم فالكلام الثاني لغو لان
احدهما عتق بالايجاب الاول لوجود تنجيز العتق في احدهما
فالثاني يقع جمعا بين الحر والعبد فيبطل ولو قال احدكما
حر بالف درهم فقبلا ان يقبلا قال احدكما حر بمائة دينار فان
قبل كل واحد منهما العتق باحد المالين بان قبل احدهما بالف
درهم وقبل الاخر بمائة دينار او قبل احدهما بالمالين ولم
يقبل الاخر او قبل احدهما بالمالين وقبل الاخر بمال واحد

لا يعتق واحد منهما لان للمولى ان يجمع المالين على احدهما فيقول اعتقتك
بالمالين او يقول عتقت غيرك فلا يثبت العتق مع الشك وان قبلا
جميعا المالين بان قال كل واحد منهما قبلت المالين او قالا جميعا
قبلنا يخير المولى فيقال له اما ان تصرف اللفظين جميعا الى
احدهما فيجمع المالين عليه فيعتق بالمالين ويبقى الاخر رقيقا
واما ان يصرف احد اللفظين الى احدهما والاخر الى صاحبه
فيعتق احدهما بالف درهم والاخر بماية دينار لان الايجابين
وقعا صحيحين اما الاول فلا شك فيه لانه اضيف الى احد
العبدين وكذا الثاني لان الايجاب الاول لم يتصل به القبول
والعتق معلق بالقبول فالايجاب الثاني حصل مضافا الى
احد عبدين فصح ومتى صح الايجاب الثاني فيحتمل انه عنى به من
عناه بالايجاب الاول ويحتمل انه عنى به العبد الاخر لذلك
خير المولى فان مات قبل البيان عتق من كل واحد ثلاثة ارباعه
بنصف المالين لان احدهما حر بيقين لانه ان اراد بالايجاب
الثاني غير من اراده بالاول كان الثابت بالكلامين عتقين
بكل كلام عتق وان اراد بالثاني عين من اراده بالاول كان
الثابت بالكلامين عتق واحد فاذا عتق واحد ثابت بيقين
والعتق الاخر ثابت في حال ولا يثبت في حال فتنصف فيثبت
عتق ونصف عتق بالمالين وليس احدهما بكمال العتق باولى من
الاخر فينقسم عتق ونصف عتق بينهما فيصيب كل واحد منهما
ثلاثة ارباع العتق بنصف المالين ويسعى في ربع قيمته ولو قال
لعبد بعينه انت حر على الف درهم فقبل ان يقبل جمع بينه وبين
عبد له اخر فقال احدكما حر بماية دينار فقالا قبلنا يخير المولى فان
شاء صرف اللفظين الى المعين وعتق بالمالين جميعا وان شاء
صرف احد اللفظين الى احدهما والاخر الى الاخر وعتق المعين
بالف درهم وغير المعين بماية دينار لان الايجابين صحيحان
لما قلنا فيحتمل انه اراد بالثاني المعين ايضا ويحتمل انه اراد
غير المعين فيقال له بين فايهما بين فالحكم للبيان فان مات قبل
البيان عتق المعين كله لانه دخل تحت الايجابين جميعا اما
الايجاب الاول فلا شك فيه لانه خصه به فلا يشاركه فيه غيره
واما الايجاب الثاني فلان قوله احدكما يقع على كل واحد منهما فاذا
قبل الايجابين وجد شرط عتقه فيعتق فيلزمه الف درهم وخمسون
دينارا اما الالف فلانه لا مشاركة للثاني فيها واما نصف الماية الدينار

فلانه في حال يلزمه ماية دينار وهي ما عناه باللفظين وفي حال لا
يلزمه منها شي وهي ما اذا عنى باللفظ الثاني غيره فيتنصف ذلك
فيلزمه خمسون دينارا واما غير المعين فانه يعتق نصفه بنصف
الماية لانه يعتق في حال ولا يعتق في حال لانه ان عناه بالايجاب
الثاني يعتق كله بكل الماية وان لم يعنه لا يعتق شي منه ولا يلزمه
شي فيعتق في حال فيعتبر الاحوال ويعتق نصفه بنصف الماية
وهو خمسون هذا اذا عرف المعين من غير المعين فان لم يعرف
وقال كل واحد منهما انا المعين يعتق من كل واحد منهما ثلاثة
ارباعه بنصف المال وهو نصف الالف ونصف الماية الدينار
لاستوايهما في ذلك والثابت عتق ونصف عتق فيصيب كل
واحد منهما ثلاثة ارباع العتق ويسعى في ربع قيمته ولو قال
لعبديه احدكما حر على الف درهم والاخر على خمسماية فان
قالا جميعا قبلنا او قال كل واحد منهما قبلت بالمالين او قال كل
واحد قبلت باكثر المالين عتقا جميعا ويلزم كل واحد منهما
خمسماية اما عتقهما فلان الايجابين خرجا على الصحة لخروج كل
واحد منهما بين عبدين والمراد بالايجاب الثاني ههنا غير المراد
بالايجاب الاول فاذا قبلا فقد وجد شرط نزول العتق فيهما
جميعا وانقطع خيار المولى ههنا فيعتقان جميعا وعلى كل واحد
منهما خمسماية لان احدهما عتق بالف والاخر بخمسماية لكنا لا ندري
الذي عليه الالف والذي عليه خمسماية الا انا تيقنا بوجوب
خمسماية على كل واحد منهما خمسماية لان احدهما عتق بالف والاخر
بخمسماية لكنا لا ندري الذي عليه الالف والذي عليه الخمسماية الا
انا تيقنا بوجوب خمسماية على كل واحد منهما وفي الفضل شك فيجب
المتيقن ولا يجب المشكوك فيه كاثنين قالا لرجل لك على احدنا
الف درهم وعلى الاخر خمسماية لا يطالب كل واحد منهما الا بخمسماية
لما قلنا فكذا هذا ولو قبل احدهما باقل المالين والاخر باكثر
المالين عتق الذي قبل العتق باكثر المالين لانه لا يخلو اما ان عناه
المولى بالايجاب بالاقل او بالايجاب بالاكثر فتيقنا بعتقه في
الاكثر قدر الاقل وزيادة فيلزمه خمسماية كانه قال قبلت
بالمالين فيلزمه الاقل وهو خمسماية ويصير بعد العتق كانه قال
لك على الف درهم او خمسماية ولو قال ذلك يلزمه الاقل
كذا ههنا ولو قبل كل واحد منهما باقل المالين لا يعتقان
لان حجة المولى لم تنقطع لان له ان يقول اردت عتقك بهذا المال

بخلاف ما اذا قبل احدهما باكثر المالين لان الاقل داخل في الاكثر ولو
قال لعبدين احدكما حر بالف والاخر بالفين فان قبلا بان قال كل واحد
منهما قبلت بالمالين او قالا قبلنا عتقا لوجود شرط عتقهما وعلى
كل واحد منهما الف لانه اعتق احدهما بالف والاخر بالفين فتيقنا
بوجوب الف على كل واحد منهما كرجلين قال لرجل لك على
احدنا الف وعلى الاخر الفان يلزم كل واحد منهما الف لكون
الالف متيقنا بها كذا هذا وان قبل احدهما المالين جميعا
بان قال قبلت بالمالين او قال قبلت بالالفين او قبل باكثر
المالين جميعا بان قال قبلت بالمالين او قال قبلت بالفين يعتق
لوجود شرط العتق وهو القبول اما اذا قبل بالمالين او قال
قبلت لا شك فيه وكذا اذا قبل باكثر المالين لوجود القبول
المشروط بيقين فيعتق وقيل هذا على قياس قولهما فاما على
قياس قول ابي حنيفة رحمه الله ينبغي ان لا يعتق وهو القياس
على مسئلة الشهادة بالالف والالفين والصحيح انه يعتق
بلا خلاف واذا عتق لا يلزمه الا الف درهم لان الواجب
احد المالين واحدهما اقل والاخر اكثر والجنس متحد فيتعين
الاقل للوجوب ولا يجبر العبد ههنا لان التخيير بين الاقل
والاكثر عند اتحاد الجنس غير مفيد لانه يختار الاقل لا محالة
وان قبل احدهما الالف لا يعتق لان للمولى ان يصرف العتق الى
الاخر كما اذا قال احدكما حر بالف فقبل احدهما ولو قال احدكما
حر بالف واحدكما حر بمائة دينار فان قبلا عتقا لوجود شرط
العتق ولا شيء عليهما لان المقضي عليه مجهول اذ لا ندري الذي
عليه الالف منهم والذي عليه المائة الدينار كالاثنين قالا
لرجل لك على احدنا الف درهم وعلى الاخر مائة دينار انه لا
يلزم واحدهما شيء كذا هذا وكذا هذا في الطلاق بان قال
لامرأتيه احداكما طالق بالف والاخرى بمائة دينار فقبلتاه
جميعا طلقت كل واحدة منهما طلقة بائنة ولا يلزمهما شيء لما قلنا
وان قبل احدهما العتق بالف درهم او بمائة دينار او قبل احدهما
العتق باحد المالين والاخر بالمال الاخر لا يعتق واحد منهما
لان للمولى ان يقول لم اعتقك بهذا المال الذي قبلت ولو قبل
احدهما بالمالين عتق ويلزمه اي المالين يختاره لان الواجب
احدهما وهما جنسان مختلفان فكان التخيير مفيدا فيتخير
بخلاف الفصل الاول فان قبل الاخر في المجلس عتقا وسقط المال

عن

عن القابل الاول لان المقضي عليه مجهول هذا اذا قبل قبل البيان من المولى
فان قبل بعد البيان عتق الثاني بغير شيء وعتق الاول بالمالين لان بيانه
في حق نفسه صحيح وفي حق الاخر لم يصح ولو قال احدكما حر بالالف والاخر
حر بغير شيء فان قبلا جميعا عتقا لوجود شرط عتقهما وهو قبولهما ولا شيء
عليهما لان الذي عليه البدل مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول كرجلين
قالا لرجل لك علي احدنا الف درهم ولا شيء على الاخر لا يجب على احدهما
شيء لجهالة من عليه الواجب كذا ههنا وان قبل احدهما بالالف ولم يقبل
الاخر قال للمولى اصرف اللفظ الذي هو اعتاق بغير بدل الى احدهما
فان صرفه الى غير القابل عتق غير القابل بغير شيء وعتق القابل بالالف
وان صرفه الى القابل عتق القابل بغير شيء ويعتق الاخر بالايجاب
الذي هو ببدل اذا قبل في المجلس وكذا لو لم يقبل واحد منهما
حتى صرف الايجاب الذي هو بغير بدل الى احدهما يعتق هو ويعتق
الاخر قبل البدل في المجلس والا فلا وان مات المولى قبل البيان
عتق القابل كله وعليه خمسمائة وعتق نصف الذي لم يقبل ويسعى
في نصف قيمته اما عتق القابل كله فلان عتقه ثابت بيقين لانه
ان اريد بالايجاب الاول وان عتق وان اريد بالايجاب الاول يعتق
بالف وان عتق بالايجاب الثاني يعتق بغير شيء فيتنصف الالف فيلزمه
خمسمائة واما عتق النصف من غير القابل فلانه ان اريد به اللفظ
لا يعتق وان اريد باللفظ الثاني يعتق فيعتق في حال دون
حال فيتنصف عتقه فيعتق نصفه ويسعى في نصف قيمته هذا
اذا كان الاعتاق تنجيزا او تعليقا بشرط فاما اذا كان اضافة
الى وقت فلا يخلو اما ان اضافه الى وقت واحد واما ان اضافه
الى وقتين فان اضافه الى وقت واحد فاما ان اضافه الى مطلق
الوقت واما ان اضاف الى وقت موصوف بصفة في الوجوه كلها
يشترط وجود الملك وقت الاضافة لان اضافة الاعتاق الى
وقت اثبات العتق في ذلك الوقت لا محالة ولا ثبوت للعتق
بدون الملك ولا يوجد الملك في ذلك الوقت الا اذا كان موجودا
وقت الاضافة فالظاهر انه يبقى الى الوقت المضاف اليه فيثبت
العتق واذا لم يكن موجودا كان الظاهر بقاءه على العدم فلا
يثبت العتق في الوقت المضاف اليه لا محالة فيكون خلاف تصرفه
والاصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي اوقعه اما الاضافة
الى وقت مطلق فنحو ان يقول لعبده انت حر غدا او راس شهر كذا
فيعتق اذا جاء غد او راس الشهر لانه جعل الغد او راس الشهر

ظرفاً للعتق فلا بد من وقوع العتق عنده ليكون ظرفاً له وليس هذا تعليقاً
بشرط لا نعدام ادوات التعليق وهي كلمات الشرط ولهذا لو حلف لا يحلف فقال
هذه المقالة لا يحنث بخلاف ما اذا قال انت حر اذا جاء غد لان ذلك
تعليق بشرط لوجود كلمة التعليق **فان قيل** كيف يكون تعليقاً بشرط
والشرط ما في وجوده خطر ومجي الغد كائن لا محالة **قيل** له من مشائخنا
من قال ان الغد في مجيئه خطر لاحتمال قيام الساعة في كل ساعة
قال الله تعالى وما امر الساعة الا كلمح البصر او هو اقرب فيصلح
مجي الغد شرطاً لكن هذا الجواب ليس بسديد لان الساعة لا تقوم الا عند
وجود اشراطها من خروج ياجوج وماجوج وخروج دابة الارض
وخروج الدجال وطلوع الشمس من مغربها وغير ذلك مما دل عليه الكتاب
وورد به الاخبار **والجواب** الصحيح ان يقال ان مجي الغد وان كان
متيقن الوجود لكن كونه شرطاً لوقوع العتق ليس بمتيقن الوجود بل له خطر
الوجود والعدم لاحتمال موت العبد قبل مجي الغد او موت المولى او
موتهما وحينئذ لا يكون شرطاً لعدم تصور الجزاء على ان الشرط اسم لما
جعل علماً لنزول الجزاء سواء كان موهوم الوجود او متيقن الوجود
واما الاضافة الى وقت موصوف فنحو ان يقول لعبده انت حر قبل
دخولك الدار بشهر او قبل موت فلان بشهر او قبل قدوم فلان بشهر ولا
شك انه لا يقع العتق قبل وجود الوقت الموصوف حتى لو وجد شي من
هذه الحوادث قبل تمام الشهر لا يعتق لانه اضاف العتق الى الوقت
الموصوف فلا يثبت قبله ويشترط تمام الشهر من وقت التكلم فان كان
العبد في ملكه قبل ذلك بشهور بل بسنين لان اضافة العتق الى وقت
ايجاب العتق فيه وايجاب العتق في الزمان الماضي لا يتصور فلا يحمل
كلام العاقل عليه ولا شك ان العتق يثبت عند وجود هذه الحوادث
لتمام الشهر **واختلف** في كيفية ثبوته فقال زفر بن الهذيل يثبت من
اول الشهر بطريق الظهور وقال ابو يوسف ومحمد يثبت مقتصراً على
حال وجود الحوادث وابو حنيفة رحمه الله فرق بين القدوم والدخول
وبين القدوم فقال في الدخول والقدوم كما قالا وفي الموت كما
قال زفر رحمه الله حتى لو كان المملوك امة فولدت في وسط الشهر يعتق
الولد في قول ابي حنيفة وزفر رحمهما الله وعندهما لا يعتق **وجه قول
زفر** رحمه الله انه اوقع العتق في وقت موصوف بكونه متقدماً على
هذه الحوادث بشهر فاذا وجدت بعد شهر متصلة به علم ان الشهر من اوله
كان موصوفاً بالتقدم عليها لا محالة فتبين ان العتق كان واقعاً في اول
الشهر كما اذا قال انت حر قبل رمضان بشهر ولا فرق سوى ان هناك يحكم

بالعتق من اول شهر شعبان ولا يتوقف على مجي شهر رمضان وههنا لا يحكم بالعتق
من اول الشهر لانه رمضان يتصل بشعبان لا محالة وههنا وجود هذه
الحوادث يحتمل ان تتصل بهذا الشهر ويحتمل ان لا تتصل لجواز ان لا توجد
اصلاً فاما في ثبوت العتق في المسئلتين من ابتدا الشهر فلا يختلفان **ولهذا**
قال ابو حنيفة رحمه الله ثبوت العتق بطريق الظهور في الموت **وجه قولهما**
ان هذا في الحقيقة تعليق العتق لهذه الحوادث لانه اوقع العتق في شهر
متصف بالتقدم على هذه الحوادث ولا يتصف بالتقدم عليها الا باتصالها
به ولا يتصل به الا بعد وجودها فكان ثبوت العتق على هذا التدريج
متعلقاً بوجود هذه الحوادث فيقتصر على حال وجودها ولهذا قال
ابو حنيفة رحمه الله هكذا في الدخول والقدوم كذا في الموت بخلاف
شعبان مع رمضان لان اتصاف شعبان بكونه متقدماً على رمضان لا يتوقف على
غير رمضان **وجه الفرق** لابي حنيفة رحمه الله بين القدوم والدخول
وبين الموت في مسئلة القدوم والدخول بعدما مضى شهر من وقت التكلم
بقي الشهر الذي اضيف اليه العتق موهوم الوجود قد يوجد وقد
لا يوجد فان وجد يوجد هذا الشهر والا فلا لما ذكرنا ان هذا
الشهر لا وجود له بدون الاتصاف ولا اتصاف بدون الاتصال
ولا اتصال بدون القدوم اذ الاتصال انما يتصور بين موجودين
لا بين موجود ومعدوم فصار العتق وان كان مضافاً الى الشهر
متعلقاً بوجود القدوم فكان هذا تعليقاً ضرورة فيقتصر الحكم
المتعلق به على حال وجود الشرط كما في ساير التعاليق فاما
في مسئلة الموت فبعد ما مضى شهر من وقت الكلام لم يبق وان
الشهر الذي اضيف اليه العتق موهوم الوجود بل هو كائن لا محالة
لان الموت كائن لا محالة فصار هذا الشهر متحقق الوجود بلا شك
بخلاف الشهر المتقدم على الدخول والقدوم غير انه مجهول الذات
فلا يحكم بالعتق قبل وجود الموت واذا وجد فقد وجد المعرف
للشهر بخلاف الشهر المتقدم على شهر رمضان فانه معلوم الذات
لانه كما وجد شعبان علم انه موصوف بالتقدم على رمضان
وههنا بخلافه وبخلاف القدوم والدخول فان بعد مضي شهر من
وقت الكلام بقي ذات الشهر الذي اضيف اليه العتق موهوم الوجود
فلم يكن القدوم معرفاً للشهر بل كان محصلاً للشهر الموصوف بهذه
الصفة بحيث لولا وجوده لما وجد هذا الشهر البتة فكان الموت
مظهراً معيناً للشهر فيظهر من الاصل من حين وجوده ثم اختلف
مشائخنا في كيفية الظهور على مذهب ابي حنيفة رحمه الله قال

بعضهم هو ظهور محض ويتبين ان العتق كان واقعا من اول الشهر من غير اعتبار
حالة الموت وهو انه يعتبر الوقوع اولا ثم يستند الى اول الشهر لان الاصل
اعتبار التصرف على الوجه الذي اثبته المتصرف والمتصرف اضاف العتق الى
اول الشهر المتقدم على الموت فيقع في اول الشهر لا في اخره فكان وقت وقوع
العتق اول الشهر فيظهر ان العتق وقع في ذلك الوقت كما اذا قال ان كان
فلان في الدار فعبده حر فمضت مده ثم علم انه كان في الدار يوم التكلم
يقع العتق من وقت التكلم لا من وقت الظهور وهولاء قالوا لو كان
مكان العتاق طلاق ثلاث فالعده تعتبر من اول الشهر في قول ابي حنيفه
حتى لو حاضت في الشهر حيضتين ثم مات فلان كانت الحيضتان محسوبتين
من العده ولو كان قال انت طالق قبل موت فلان بشهرين او ثلثه
اشهر ثم مات فلان لتمام المده وكانت المراه رات ثلاث حيض في المده
يتبين عند موته ان الطلاق كان واقعا وان العده قد انقضت
كما لو قال ان كان زيد في الدار فامراتي طالق ثم علم بعد ما حاضت
المراة ثلاث حيض انه كان في الدار يوم التكلم انه يتبين انها قد طلقت
من ذلك الوقت وانها منقضية العده كذا هاهنا ولو قال اخر امراة
اتزوجها فهي طالق فتزوج امراة ثم اخرى ثم مات طلقت الثانيه على
وجه التبين المحض عند ابي حنيفه رحمه الله وان كان لا يحكم بطلاقها
ما لم يمت كذا هاهنا وقالوا لو خالعها في وسط الشهر ثم مات فلان
لتمام الشهر فالخلع باطل ويومر الزوج برد بدل الخلع سوا كانت
عند الموت معتده او منقضية العده او كانت ممن لا عدة عليها بان كانت
غير مدخول بها وهولا طعنوا فيما ذكر محمد رحمه الله في الكتاب لتخريج
قول ابي حنيفه رحمه الله انه ان مات فلان وهي في العده يحكم ببطلان الخلع
ويومر الزوج برد بدل الخلع وان كانت غير معتده وقت موت فلان
بان كان بعد الخلع قبل موت فلان اسقطت سقطا او كانت غير مدخول
بها لا يبطل الخلع ولا يومر الزوج برد بدل الخلع وقالوا هذا التخريج
على اصل ابي حنيفه لا يستقيم لان هذا ظهور محض فيتبين عند وجود
الجزو الاخير ان هذا الشهر من ابتدا وجوده موصوف بالتقدم فيتبين
ان الطلقات الثلاث كانت واقعه من ذلك الشهر او الوقت سوا كانت
معتده او غير معتده كما لو قال ان كان فلان في الدار فامراته
طالق ثم خالعها ثم تبين انه كان يوم الحلف في الدار انه يتبين ان الخلع
كان باطلا على الاطلاق سوا كانت معتده او لم تكن كذا هاهنا والفقه
ان وقت الموت اذا لم يكن وقت وقوع الطلاق لا يعتبر فيه قيام الملك
والعده وعامة مشايخنا قالوا ان العتاق او الطلاق يقع وقت

الموت

الموت اذا لم يكن وقت وقوع الطلاق لا يعتبر فيه قيام الملك والعده
وعامة مشايخنا قالوا ان العتاق او الطلاق يقع وقت الموت ثم يستند
الى اول الشهر لا انه يظهر انه كان واقعا من اول الشهر **ووجهه** مما لا
يمكن الوصول اليه الا بمقدمة وهي ان ما كان الدليل على وجوده قائما
يجعل موجودا في حق الاحكام لان اقامة الدليل مقام المدلول اصل
في الشرع والعقل **الا ترى** ان الخطاب يدور مع دليل القدره وسببها
دون حقيقة القدره ومع دليل العلم وسببه دون حقيقة العلم حتى
لا يعذر الجاهل بالله تعالى لقيام الايات الداله على وجود الصانع
ولا بالشرايع عند امكان الوصول الى معرفتها بدليلها **ثم الدليل**
وان خفي بحيث يتعذر الوصول اليه يكتفى به اذا كان ممكن الحصول
في الجمله اذ الدلايل تتفاوت في نفسها في الجلا والخفا فالمستدلون
ايضا يتفاوتون في العبارة والذكا فالشرع اسقط اعتبار هذا
التفاوت فكانت العبره لاصل الثبات في هذا الامكان في هذا
الباب **واما** ما كان الدليل في حقه منعدما فهو في حق الاحكام
ملحق بالعدم **واذا عرف هذا فنقول** الشهر الذي يموت فلان في
اخره وان اتصف بالتقدم من وقت وجوده لكن كان دليل اتصافه
منعدما اصلا فلم يكن لهذا الاتصاف عبره ويبقى ملك النكاح الى
اخر جزو من اجزا الشهر ويعلم كونه متقدما على موته ومن ضروره
اتصاف هذا الجزو بالتقدم اتصاف جميع الاجزا المتقدمه عليه
الى تمام الشهر ولا نظهر ان دليل الاتصاف كان موجودا في اوله
الشهر اذ الدليل هو اخر جزو من اجزا الشهر ووجود الجزو الاخير من
من الشهر مقارنا للاول الشهر محال فلم يكن دليل اتصاف الشهر بكونه
متقدما موجودا فلم يعتبر هذا الاتصاف فبقي ملك النكاح الى
وقت وجود الجزو الاخير فيحكم في هذا الجزو بكونها طالقا في هذه
الجزو وثبوت الانطلاق من الاصل لانها تكون طالقا ومن ضرورة
كونها طالقا بذلك الطلاق المضاف الى اول الشهر الموصوف بالتقدم
على الموت فلاجل هذه الضروره حكم بالطلاق من اول الشهر لكن بعد
ما كان النكاح الى هذا الوقت قايما لعدم دليل الاتصاف بالتقدم على
ما بينا ثم لما حكم بكونها طالقا للحال وثبت الانطلاق فيما مضى من
اول الشهر لكن بعد ما كان ضرورة جعل كان الطلاق يقع للحال وثبت
الانطلاق ثم بعد وقوعه يستند الى اول الشهر هكذا يوجب ضروره
ما بينا من الدليل واذا جعل هكذا تخرج عليه المسايل **اما**
العده فانها تجب في اخر جزو من اجزا حياة فلان الميت لانها كما تحتاط

في الحال بما وجبت للحال وجعل كان الطلاق وجب للحال واما الخلع فان كانت
العدة باقية لم يصح وان كانت منقضية العدة صح لانها اذا كانت باقية
كان النكاح باقيا من وجه وحكم ببقائه الى هذه الحالة لضرورة عدم
الدليل ثم حكم للحال بكونها طالقا بذلك الطلاق المضاف وسري واستند
الى اول الشهر علم انه خالعها وهي بائنة عنه فلم يصح الخلع ويلزم رد
بدل الخلع واذا كانت منقضية العدة وقت الموت فالنكاح الذي كان
يبقى الى اخر جزء من اجزاء حياته لضرورة عدم الدليل لا يبقى لارتفاعه
بالخلع فبقي النكاح الى وقت الخلع ولم يظهر انه كان مرتفعا عند
الخلع فحكم بصحة الخلع ولا يؤمر الزوج برد البدل بخلاف ما اذا قال
ان كان زيد في الدار لان دليل الوقوف على كون زيد في الدار موجود
حالة التكلم فانعقد الطلاق بحسب الوكان هو في الدار لان التعليق
بالموجود تحقيق وبخلاف ما اذا قال ان كان حمل فلانة غلاما لان الولد
في البطن يمكن الوقوف في الجملة على صفة الذكورة والانوثة
وان ما من ساعة الا ويجوز ان يسقط الحمل فانعقد الطلاق تنجيزا
ثم علمنا بعد ذلك وبخلاف ما اذا قال اخر امراة اتزوجها فهي طالق
فتزوج امراة ثم اخرى ثم مات انه يقع الطلاق على الثانية من طريق
التبيين لان هناك لما تزوج الثانية اتصفت بكونها اخرا لوجود حد
الاخر وهو الفرد اللاحق وهي فرد لاحقه الا ترى انه يقول
امراتي الاولى وامراتي الاخرة الا انه لا يحكم بوقوع الطلاق للحال
لاحتمال ان يتزوج ثالثة فاذا مات تقررت صفة الاخرية للثانية من الاصل
فحكم بوقوع الطلاق من ذلك الوقت وههنا دليل اتصاف الشهر
بالتقدم منعدم في اول الشهر وما لا دليل عليه يلحق بالعدم وهذا
بخلاف ما اذا قال لامراته ان لم اتزوج عليك فانت طالق ولم
يتزوج حتى مات انه يقع الطلاق على امراته مقتصرا على الحال لان
هناك علق الطلاق صريحا بعدم التزوج والعدم يستوعب العمر
الا ترى انه لو تزوج في العمر مرة لا يوصف بعدم التزوج لان
الوجود قد تحقق والعدم يقابل الوجود فلا يتحقق مع الوجود فيتم
ثبوته عند الموت والمعلق بالشرط ينزل عند تحقق الشرط بتمامه
فوقع مقتصرا على حال وجود الشرط واما هذا فليس بتعليق الطلاق
بشرط بل هو اضافة الطلاق الى وقت موصوف بصفة فيتحقق
الطلاق عند تحقق الصفة بدليله على التقرير الذي ذكرناه
والله الموفق ولو قال لامراته انت طالق قبل موتي بشهر وقبل
موتك بشهر فمات لتمام الشهر او ما تت لا يقع الطلاق عندهما

و

وعند ابي حنيفة يقع فهما فرقا بين الطلاق والعتاق فقالا الطلاق العتاق
يقع والطلاق لا يقع لان عندهما هذا تصرف تعليق الطلاق والعتاق
بالشرط والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط والزوج بعد الموت
ليس من اهل ايقاع الطلاق ولا المراة بعد موتها محل لوقوع الطلاق
عليها بخلاف العتق لانه يقع بعد الموت كما في التدبير والله اعلم
ولو قال لعبده انت حر بعد موت فلان وفلان بشهر او قبل قدوم
فلان وفلان بشهر فان مات احدهما او قدم قبل مضي شهر لا يعتق
ابدا لانه اضاف العتق الى شهر موصوف بالتقدم على موتهما
او قدومهما ولم يوجد ولا يتصور وجوده بعد ذلك لانه لو تم
الشهر بعد موت احدهما كان موصوفا بالتقدم على موت احدهما
وقدوم احدهما وهو ما اضاف العتق الى هذا الشهر بل الى
شهر موصوف بالتقدم على موتهما وقدومهما جميعا وهذا غير
ذاك وان مضى شهر ثم مات احدهما عتق العبد وان لم يمت
الاخر بعد بخلاف ما اذا قال انت حر قبل قدوم فلان وفلان بشهر
ثم قدم احدهما لتمام الشهر انه لا يعتق ما لم يقدم الاخر
وجه الفرق على نحو ما بينا فيما تقدم وهو انه اذا مات
الاول تحقق كون الشهر سابقا على موتهما واذا قدم احدهما لم
يتحقق كون الشهر سابقا على موتهما واذا قدم احدهما لم يتحقق
كون الشهر سابقا على قدومهما وانما يتحقق عند وجود قدومهما
جميعا وكان القياس ان لا يعتق ما لم يموتا جميعا في لحظة واحدة
بعد مضي شهر وكذا في القدوم وهو قول الرازي لان العتق
اضيف الى شهر موصوف بالتقدم على موتهما او قدومهما متصل
بهما لانه اضاف العتق الى شهر متقدم على موتهما او قدومهما
ومن ضرورة ذلك وجود موتهما او قدومهما جميعا معا وعند
ثبوت التراخي فيما بين الموتين او القدومين يكون العتق واقعا
قبل موت احدهما او قدوم احدهما بشهر وقبل موت الاخر او
قدوم الاخر بشهر وانه خلاف ما اضاف فلا يقع بخلاف ما اذا
قال انت حر قبل يوم الفطر والاضحى بشهر حيث يعتق كما اهل
هلال رمضان لان وجود وقت متصف بالتقدم عليهما بشهر
مستحيل والعاقل لا يقصد بكلامه المستحيل فعلم انه اراد به
اضافة العتق الى وقت موصوف بالتقدم على احدا لتوهم بشهر
وعلى الاخر بمدة غير معتدة وفيما نحن فيه لا استحالة فيراعي
عين ما اضاف اليه وجواب الاستحسان عن هذا ان الامتثال

في احكام الشرع ان المستحيل عادة يلحق بالمستحيل حقيقة وقدوم شخصين
في جزء لا يتجزى من الزمان بحيث لا يتقدم احدهما على صاحبه مستحيل عادة
وكذا موت شخصين على هذا الوجه **والجواب** في المستحيل حقيقة ه
وهو مسئلة الفطر والاضحى هكذا فكذا في المستحيل عادة ولو قال انت حر
قبل قدوم فلان وموت فلان بشهر فان مات احدهما او قدم احدهما قبل
مضي الشهر عتق ولا ينتظر موت الاخر لا يعتق ابدا لما قلنا وان مات
احدهما لتمام الشهر لا يعتق حتى يقدم الاخر وان قدم احدهما بعد مضي
الشهر عتق ولا ينتظر موت الاخر الا انه لا يستند لما ذكرنا ان الموت
كاين لا محالة والقدوم موهوم الوجود **و**لو قال انت حر الساعة
ان كان في علم الله ان فلانا يقدم الى شهر هذا او قوله قبل قدوم فلان
بشهر سوا لانه لا يراد بهذا علم الله الازلي القايم بذاته وانما يراد
به ظهور هذا المعلوم لنا وقد يظهر لنا وقد لا يظهر فكان شرطا
فيقتصر العتق على حال وجود الشرط كما في ساير التعليقات ه
بشروطها والله اعلم ولو قال انت حر بعد موتي بشهر فكاتبه في نصف
الشهر ثم مات لتمام الشهر فان كان استوفى بدل الكتابة ثم مات ه
لتمام الشهر كان العتق حاصلا بجهة الكتابة وان كان لم يستوف
بعد بدل الكتابة عتق بالاعتاق السابق وسقط اعتبار الكتابة ه
عند ابي حنيفة رحمه الله وهذا يدل على ان العتق يثبت بطريق الاستناد
عنده وقال ابو القاسم الصفار انه تبطل الكتابة من الاصل ه
سوا كان استوفى بدل الكتابة او لم يستوف وهو قياس قول من يقول
بثبوت العتق من طريق الظهور المحض لانه تبين ان العتق ثبت من
اول الشهر فيتبين ان الكتابة لم تصح وقد ذكرنا تصحيح ما ذكرناه
في الكتاب وهو ان العتق بطريق الاستناد فيما تقدم فلا نعيده
وعندهما ان استوفى بدل الكتابة فالامر ماض لان العتق ه
عندهما يثبت مقتصرا على حال الموت وهو حر في هذه الحالة لوصوله
الى الحرية بسبب الكتابة عند ادا البدل وان كان لم يستوف بعد
بدل الكتابة فان كان العبد يخرج من الثلث عتق من جميع المال
وان لم يكن له مال غيره عتق ثلثه بالتدبير لانه مدبر مقيد ه
لان عتقه علق بموت موصوف بصفة قد توجد على تلك الصفة وقد لا توجد
ويسعى في الاقل من ثلثي قيمته ومن جميع بدل الكتابة عند ابي يوسف
رحمه الله وعند محمد رحمه الله يسعى في الاقل من ثلثي قيمته ومن ثلثي
بدل الكتابة **واصل المسئله** اذا دبر عبده ثم كاتبه ثم مات المولى
ولا مال له غيره يعتق ثلثه مجانا بالتدبير ثم يسعى في الاقل من ثلثي

قيمته

قيمته ومن جميع بدل الكتابة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ه
وعند محمد رحمه الله في الاقل من ثلثي قيمته ومن ثلثي بدل الكتابة فهذا على
ذاك الا ان عند ابي حنيفة رحمه الله يخير العبد بين ان يسعى في هذا ه
وبين ان يسعى في ذاك وعندهما يسعى في الاقل منهما بدون التخيير ثم
عند ابي حنيفة رحمه الله في مسئلة الكتاب يعتبر صحة المالك ومرضه
في اول الشهر هكذا ذكر في النوادر لانه يصير معتقا من ذلك الوقت ه
وقيل هذا هو الحيلة لمن اراد ان يدبر عبده ويعتق من جميع ه
المال وان كان لا يخرج من الثلث بان يقول انت حر قبل موتي بشهر
او شهرين او ثلاثة اشهر او ما شا الله من المدة ليعتق من ذلك
الوقت وهو فيه صحيح فيعتق من جميع المال وعندهما كيفما كان
يعتبر عتقه من الثلث لانه يصير عندهما معتقا بعد الموت ه
والله المستعان **واما** الاضافة الى وقتين **فالاصل** فيه ان
المضاف الى وقتين ينزل عند اولهما والمعلق عند شرطين ينزل
عند اخرهما والمضاف الى احد الوقتين غير عين ينزل عند اخرهما
ولو جمع بين فعل ووقت يعتبر فيه الفعل وينزل عند وجوده ه
في ظاهر الرواية **وروي** عن ابي يوسف رحمه الله انه ينزل عند
اولهما ايهما كان **وبيان هذه الجمله** اذا قال لعبده انت
حر اليوم وغدا يعتق في اليوم لانه جعل الوقتين جميعا ظرفا
للعتق فلو توقف وقوعه على اخرهما لكان الظرف احد الوقتين
لا كلاهما وانه ايقاع تصرف العاقل لا على الوجه الذي اوقعه ه
ولو قال انت حر اليوم غدا عتق في اليوم لانه اضاف العتق ه
الى الغد باليوم وهو محال فلم يصح وصفه وبقيت اضافته
العتق الى اليوم ثم وصف اليوم بانه غد وانه محال فبطل وصفه
وبقيت الاضافة الى اليوم ولو قال انت حر غدا اليوم يعتق في
الغد لانه اضاف الى العتق الى الغد باليوم ثم وصف اليوم وهو
محال فلم يصح وصفه وبقيت اضافته العتق الى الغد فيعتق
في الغد ولو قال انت حر ان قدم فلان وفلان فما لم يقدما جميعا
لا يعتق لانه علق عتقه بشرطين فلا ينزل الا عند اخرهما اذ
لو نزل عند اولهما لبطل التعليق ولكان ذلك تعليقا باحدهما
وهو علق بهما جميعا لا باحدهما ولو قال انت حر اليوم او غدا
يعتق في الغد لانه جعل احد الوقتين ظرفا فلو عتق في اليوم
لكان الوقتان جميعا ظرفا وهذا خلاف تصرفه ولو قال انت
حر ان قدم فلان او غدا فان قدم فلان قبل مجي الغد عتق ه

وان جا الغد قبل قدوم فلان لا يعتق ما لم يتقدم في جواب ظاهر الروايه
وروي عن ابي يوسف رحمه الله ان ايهما سبق مجيئه لعتق عند مجيئه
والاصل فيه انه ذكر شرطا ووقتا في تصرف واحد ولا يمكن الجمع بينهما
لما بين التعليق بشرط وبين الاضافه الي وقت من التنافي فلا بد
من اعتبار احدهما وترجيحه على الاخر فابو يوسف رحمه الله رجح جانب
الشرط لان الشرط لا يصلح ظرفا والوقت قد يصلح شرطا فكان الرجحان
لجانب الشرط فاعتبره تعليقا باحد شرطين فينزل عند وجود اولهما
ايهما كان كما اذا نص على ذلك ونحن رجحنا السابق منهما في اعتبار
التعليق والاضافه فان كان الفعل هو السابق يعتبر التصرف
تعليقا واعتباره تعليقا يقتضي نزول العتق عند اول الشرطين
كما اذا علقه باحد شرطين نصا وان كان الوقت هو السابق
يعتبر اضافته واعتبارها يقتضي نزول العتق عند اخر الوقتين
كما اذا اضاف الي اخر الوقتين نصا والله الموفق **واما الذي**
يرجع الي نفس الركن فهو ما ذكرنا في الطلاق وهو ان يكون الركن
عاريا عن الاستثنا رأسا كيف ما كان الاستثنا وضعيا
كان او عرفيا عند عامة العلما والكلام في الاستثنا في العتق
في بيان انواعه وما يبطله وشرايط صحته على نحو الكلام في باب الطلاق
وقد ذكرنا ذلك كله في كتاب الطلاق ولا يختلفان الا في شي واحد
وهو انه يتصور استثنا بعض العدد في الطلاق ولا يتصور في
العتاق لان الطلاق ذو عدد فيتصور فيه استثنا بعض العدد
والعتق لا عدد له فلا يتصور فيه استثنا بعض العدد وانما
يتصور استثنا بعض الجمله الملفوظه نحو ان يقول لعبيده انتم احرار
الا سالما لان نص الاستثنا مع نص المستثنا منه تكلم بالباقي ولو
استثنى عتق بعض العبد يصح عند ابي حنيفه رحمه الله ولا يصح عندهما
بنا على ان العتق يتجزي عنده فيكون استثنا البعض من الكل فيصح
وعندهما لا يتجزى فيكون استثنا الكل من الكل فلا يصح وذكر ابن سماعه
في نوادره عن محمد رحمه الله فيمن قال غلاماي حران سالم وبزيع لا بل
استثناوه اصلا جاز لانه ذكر جمله ثم فصلها بقوله سالم وبزيع
فانصرف الاستثنا الى الجملة الملفوظه فكان استثنا البعض من
الجملة الملفوظه فصح وليس كذلك ما اذا قال سالم حر وبزيع الا
سالما لانه لما ذكر كل واحد منهما بانفراده كان هذا استثنا عن كل
واحد منهما بانفراده كان هذا استثنا عن كل واحد منهما فكان
استثنا الكل من الكل فلم يصح ولو قال انت حر وحر ان شا الله يبطل

الاستثنا في قول ابي حنيفه رحمه الله تعالى وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما
الله تعالى الاستثنا جايز **ووجه قولهما** ان هذا كلام واحد معطوف
بعضه على بعض بحرف العطف فلا يمنع الفصل بين المستثنا وبين المستثنا
منه كما لو قال انت حر لله ان شا الله **وجه قول ابي حنيفه** ان قوله
وحر لغو لثبوت الحرية باللفظ الاول فكان فاصلا بمنزلة السكوت
بخلاف قوله انت حر ان شا الله لان قوله لله ليس بلغو فلا يكون فاصلا
وروي ابن سماعه في نوادره عن محمد في رجل له خمسة من الرقيق فقال
عشره من مماليكي الا واحدا احرار انه يعتق الخمسه جميعا لانه لما
قال عشرة من مماليكي الا واحدا فقد استثنى الواحد من العشره
والاستثنا تكلم بالباقي فصار كانه قال تسعه من مماليكي احرار وله
خمسه ولو قال ذلك عتقوا جميعا كذا هذا ولو قال مماليكي العشره
احرار الا واحدا عتق منهم اربعه لان هذا رجل ذكر مماليكه وغلط
في عددهم بقوله العشره فيلغوا هذا القول ويبقى قوله مماليكي
احرار الا واحدا ولو قال ذلك وله خمسة مماليك لعتق اربعه
منهم كذا هذا **فصل واما صفة الاعتاق** فهي ان الاعتاق
هل يتجزى ام لا **وقد اختلف فيها** قال ابو حنيفه رحمه الله يتجزى
سوا كان المعتق موسرا او معسرا **وقال** ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
لا يتجزي كيف ما كان المعتق **وقال** الشافعي ان كان معسرا يتجزي
وان كان موسرا لا يتجزى **و**المسيلة مختلفه بين الصحابه رضي الله عنهم
قال بعضهم فيمن اعتق نصف عبد بينه وبين غيره انه يعتق نصفه
ويبقى الباقي رقيقا حتى يخرجه الى العتاق وهو مذهب ابن مسعود
وقال بعضهم يعتق كله وليس للشريك الا الضمان **وقال**
علي وابن عباس عتق ما عتق ورق ما رق **هما** احتجا بالنص والمعقول
والاحكام **اما النص** ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال من اعتق شقصا له من عبد عتق كله ليس لله فيه شريك
وفي روايه من اعتق شقصا له من عبد عتق كله ليس لله فيه
شريك وهذا نص على عدم التجزى **واما المعقول** فهو ان العتق
في عرف الشرع اسم لقوة حكميه دافعة يد الاستيلا **والرق** اسم
لضعف حكمي يصير به الادمي محلا للتملك فيعتبر الحكمي بالحقيقي
وثبوت القوه الحقيقيه والضعف الحقيقي في النصف شايعا مستحيل
فكذا الحكمي ولان للعتق اثارا من المالكيه والولايه والشهاده
والارث ونحوها وثبوت هذه الاثار لا يحتمل التجزي ولهذا
لم يتجز في حالة الثبوت حتى لا يضرب الامام الرق في انصاف

النسبا يا وبين عليهم في الاتصاف كذا في حالة البقا **واما الاحكام** فان
اعتاق النصف قد تعدي الي النصف الباقي في الاحكام حتي امتنع جواز التصرفات
الناقلة للملك فيه من البيع والهبة والصدقة والوصية عند اصحابنا رضي
الله عنهم وكذا الحبث تخريجه الي عتق الكل بالضمان او بالسعاية حتي يجبره
القاضي علي ذلك وهذا من اثار عدم التجزي وكذا الاستيلاد لا يتجزي
حتي لو استولد جارية بينه وبين شريكه وادعي يصير كلها ام ولد له
بالضمان ومعلوم ان الاستيلاد يوجب حق الحرية لا حقيقة الحرية فالحق
اذا لم يتجز فالحقيقة اولي وكذا لو عتق نصف ام ولد او ام ولد له
بينه وبين شريكه عتق كلها واذا لم يكن الاعتاق متجزيا لم يكن
المحل في حق العتق متجزيا واضافة التصرف الي بعض ما لا يتجزي في
حقه يكون اضافة الي الكل كالطلاق والعفو عن القصاص

وجه قول ابي حنيفه النصوص والمعقول والحكم **اما النص فما**
روي عن ابن عمر رضي الله عنه عن رسول الله صلي الله عليه وسلم انه قال
من اعتق نصيبا له من مملوك كلف عتق بقيته وان لم يكن عنده ما يعتقه
فيه جاز ما صنع **وروي** كلف عتق ما بقي **وروي** وجب عليه ان يعتق
ما بقي وكل ذلك نص علي التجزي لان تكليف عتق الباقي لا يتصور بعد
ثبوت العتق في كله وقوله جاز ما صنع اشارة الي عتق البعض
اذ هو الذي صنعه لا غير **وروي** عن ابن عمر ايضا ان رسول الله
صلي الله عليه وسلم انه قال من اعتق شركا له في عبد وكان له
مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل واعطي شركاه حصصهم
وعتق عليه العبد والا عتق ما عتق **والحديث** يدل علي تعلق الباقي
بالضمان ان كان المعتق موسرا وعلي عتق البعض فيدل علي التجزي
في حالة البقا وا لاعسار **وروي** عن ابي هريره رضي الله عنه
عن رسول الله صلي الله عليه وسلم انه قال من كان له شقص
في مملوك فاعتقه فعليه خلاصه من ماله ان كان له مال وان لم يكن
له مال استسعي العبد في رقبته غير مشقوق عليه وفي رواية من
اعتق شقصا له من مملوك فعليه ان يعتقه كله ان كان له مال
وان لم يكن له مال استسعي العبد غير مشقوق عليه **واما المعقول**
وهو ان الاعتاق ان كان تصرفا في الملك والمالية بالازالة فالملك
متجزي وكذا المالية بلا شك حتي يجري فيه سهام الورثة ويكون
مشتركا بين جماعة كثيرة من الغانمين وغيرهم وان كان تصرفا
في الرق فالرق متجز ايضا لان محله متجز وهو العبد واذا كان محله
متجزيا كان هو متجزيا ضرورة **واما الحكم** فان الاثنين اذا اعتقا

عبدا

عبدا مشتركا بينهما كان الولا بينهما نصفين والولا من احكام العتق فدل تجزيه
علي تجزي العتق **واما** الحديث فقد قيل انه غير مرفوع بل هو موقوف علي عمر
وقد روي عنه خلافه **فانه روي** انه قال في عبد بين صبي وبالغ اعتق البالغ
نصيبه قال ينتظر بلوغ الصبي فاذا بلغ ان شا اعتق وان شا استسعي ولئن
ثبت رفعه فتاويله من وجهين **احدهما** ان معني قوله عتق كله اي استحق
عتق كله لانه يجب تخريج الباقي الي العتق لا محالة فيعتق الباقي لا محالة
بالاستسعا او بالضمان وما كان مستحق الوجود يسمي باسم الكون والوجود
قال الله تعالي انك ميت وانهم ميتون **والثاني** انه يحتمل ان المراد
عتق كله للحال ويحتمل ان المراد منه عتق كله عند الاستسعا والضمان
فنحمله علي هذا عملا بالاحاديث كلها **واما** قولهما ان العتق قوة حكمية
فيعتبر بالقوة الحقيقية وثبوتها في البعض شايعا ممتنع فكذا الحكمية
فنقول لم قلتم ان اعتبار الحكم بالحقيقة لازم اليس ان الملك عبارة
عن القدرة الحكمية والقوة والقدرة سوا ثم الملك يثبت في النصف
شايعا وهذا لان الامر الشرعي يعرف بدليل الشرع وهو النص
والاستدلال لا بالحقايق وما ذكر من الاثار فليست من لوازم
العتق **الاثري** انه يتصور ثبوت العتق بدونها كما في الصبي والمجنون
بل هي من الثمرات وفوات الثمر لا يخل بالذات ثم انها من ثمرات حرية
كل الشخص لا من ثمرات حرية البعض فان الولايات والشهادات شرعت
قضاحق العاجز شكرا لنعمة القدرة وذلك عند كمال النعمة وهي
ان ينقطع عنه حق المولي ليصل الي اقامة حقوق الغير وقولهما لا يتجزي
ثبوته كذا زواله **ومن** مشايخنا من منع وقال ان الامام اذا ظهر علي
جماعة من الكفرة وضرب الرق علي انصافهم ومن علي الانصاف جاز
ويكون حكمهم وحكم معتق البعض في حالة البقا ثم ان تسلمنا فالرق متجز
في نفسه حالة الثبوت لكنه تكامل لتكامل سببه وهو الاستيلاد
لا يتصور وروده علي بعض المحل دون البعض وفي حالة البقا يتصور
وجود سبب زواله كاملا وقاصرا علي حسب السبب **واما** التخريج
الي الاعتاق وامتناع جواز التصرفات فليس لعدم التجزي بل
لمعني اخر نذكره ان شا الله تعالي **واما** الاستيلاد فممنوع انه لا يتجزي
بل هو متجز فان الامة المشتركة بين اثنين اذا جاءت بولد فادعاه
جميعا صارت كلها ام ولد له لوجود سبب التكامل وهو نسبة كل الام
الولد اليه بواسطة الولد علي ما نذكره في كتاب الاستيلاد وما من
متجز الا وله حالة الكل اذا وجد السبب بكماله يتكامل بل يثبت بقدره
وفي مسئلتنا وجد قاصرا فلم يتكامل وكذا اعتاق ام الولد متجز

فان الامة المشتركة بين اثنين اذا جاءت بولد فادعياه جميعا صارت ام ولد لهما
الا اذا ادعى احدهما صارت كلها ام ولد له لوجود سبب التكامل وهو نسبة
كل ام الولد اليه بواسطة الولد على ما نذكره في كتاب الاستيلاد وما من
متجز الا وله حالة الكل اذا وجد السبب بكماله يتكامل واذا وجد قاصرا
لا يتكامل بل يثبت بقدره وفي مسئلتنا وجد قاصرا فلم يتكامل وكذا اعتاق
ام الولد متجز والثابت له عتق النصف وانما يثبت العتق في النصف
الباقي لا باعتاقه بل لعدم الفائدة في بقا نصيب الشريك كما في الطلاق
والعفو عن القصاص على ما عرف في مسائل الخلاف **واذا عرف هذا**
الاصل ينبني عليه مسائل **عبد** بين رجلين اعتق احدهما نصيبه
يعتق نصيبه لا غير عند ابي حنيفة رحمه الله لان الاعتاق عنده متجز
واعتاق البعض لا يوجب اعتاق الكل بل يعتق بقدر ما اعتق
ويبقى الباقي رقيقا وللشريك الساكت خمس خيارات ان شا اعتق
نصيبه وان شا دبره وان شا كاتبه وان شا استسعاه معسرا
كان المعتق او موسرا او يستسعى وهو رقيق وان شا ضمن المعتق قيمة
نصيبه ان كان موسرا وليس له خيار الترك على حاله لانه لا سبيل
الى الانتفاع به مع ثبوت الحرية في جزء منه وترك المال من غير انتفاع
احد به تسييب له وانه حرام فلا بد من تخريجه الى العتق وله
الخيار في ذلك من الوجوه الذي وصفنا **واما** خيار الاعتاق
والتدبير والكتابة فلان نصيبه باق على ملكه وانه محتمل لهذه
التصرفات كما في حالة الابتدا **واما** خيار السعاية فلان نصيبه
صار محتبسا عند العبد لحقه لثبوت العتق له في نصفه فيصير
مضمونا عليه كما اذا انصبغ ثوب انسان بصبغ غيره من غير صنع
احد فاختار صاحب الثوب انه يجب عليه ضمان الصبغ
لصيرورة الصبغ محتبسا عنده لقيامه بثبوت مملوك له لا يمكنه
التمييز كذا هذا ولان في السعاية سلامة نفسه ورقبته له وان لم
تصر رقبته مملوكة له ويجوز ايجاب الضمان بمقابلة سلامة الرقبة
من غير تملك كالمكاتب وشرا العبد نفسه من مولاه ولان منفعة
الاعتاق حصلت له فكان عليه ضمانه لقوله صلى الله عليه وسلم
الخراج بالضمان ثم خيار السعاية مذهبنا **وقال** الشافعي رحمه الله
لا اعرف السعاية في الشريعة **والوجه لقوله** ان ضمان السعاية اما
ان يكون ضمان اتلاف واما ان يكون ضمان تملك ولا اتلاف من العبد
بوجه اذ لا صنع له في الاعتاق راسا ولا ملك يحصل للعبد في
نفسه بالضمان ولان المولى لا يجب له على عبده دين لما فيه من الاستحالة

وهي

وهي كون الشيء الواحد واجبا عليه وله ولان العبد معسر والضمان في
هذا الباب لا يجب على المعسر **الا ترى** انه لا يجب على المعتق اذا كان
معسرا مع وجود الاعتاق منه فالعبد اولى **ولنا** ما روينا من
حديث ابي هريرة **وروى** عن محمد بن الحسن عن ابي يوسف رحمه الله عن الحجاج
بن ارطاة عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه قال من اعتق عبدا بينه وبين شريكه يقوم نصيب شريكه
قيمة عدل فان كان موسرا ضمن نصيب شريكه وان كان معسرا
سعى العبد غير مشقوق عليه فدل ان القول بالسعاية لازم في
الجملة عرفها الشافعي او لم يعرفها وكذا ما ذكرنا من المعاني وبه
يتبين ان ضمان السعاية ليس ضمان اتلاف ولا ضمان تملك بل هو
ضمان احتباس وضمان سلامة النفس والرقبة وحصول المنفعة
لان كل ذلك من اسباب الضمان على ما بينا وقوله لا يجب للمولى على
عبده دين **قلنا** قد يجب كالمكاتب والمستسعى في حكم المكاتب عنده
الى ان يؤدي السعاية الى الشريك الساكت اذا اختار السعاية او الى
المعتق اذا ضمنه الشريك الساكت لانه يسعى لتخليص رقبته عن الرق
كالمكاتب ويثبت فيه جميع احكام المكاتب من الارث والشهادة والنكاح
فلا يرث ولا يورث ولا يشهد ولا يتزوج الا اثنتين لا يفترقان
الا في وجه واحد وهو ان المكاتب اذا عجز يرد في الرق والمستسعى
لا يرد في الرق اذا عجز لان الموجب للسعاية موجود قبل العجز وبعده
وهو ثبوت الحرية في جزء منه ولان رده في الرق ههنا لا يفيد لانا
لو رددناه الى الرق لاحتجنا الى جبره على السعاية عليه ثانيا
فلا يفيد الرد **فان قيل** بدل الكتابة لا يلزم العبد الا برضاه
والسعاية تلزمه من غير رضاه فانى يستويان **فالجواب**
انه انما كان كذلك لان بدل الكتابة يجب بحقيقة العقد اذ المكاتبة
معاوضة من وجه فافتقرت الى التراضي والسعاية لا تجب
بعقد الكتابة حقيقة بل بكتابة حكمية ثابتة بمقتضى اختيار السعاية
فلا يقف وجوبها على الرضا لان الرضا انما شرط في الكتابة المبتداة
لانه يجوز ان يرضى بها العبد ويجوز ان لا يرضى بها ويختار البقا
على الرق فوقفت على الرضا ~~لان الرضا انما شرط في الكتابة
المبتداة~~ وههنا لا سبيل الى استبقائه على الرق شرعا اذ لا يجوز
ذلك فلم يشترط رضاه للزوم السعاية **ثم** اختلف اصحابنا
فقال ابو حنيفة رحمه الله هذا الخيار يثبت للشريك الذي لم يعتق
سوا كان المعتق معسرا او موسرا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله

لا يثبت الا اذا كان معسرا لان الاعتاق لما لم يكن متجزئا عندهما كان المعتق
متلفا نصيب الشريك فوجب عليه الضمان ووجوب الضمان يمنع وجوب
السعاية وكان ينبغي ان لا تجب حال وجود الاعسار ايضا وان لا يكون
الواجب الا الضمان في الحالين جميعا وهو قول بشر بن غياث المريسي
وهو القياس لان ضمان الاتلاف لا يختلف باليسار والاعسار الا انا
عرفنا وجوبها على خلاف القياس بالنص الذي روينا والنص ورد
بها في حال الاعسار لا في حال اليسار فبقيت على اصل القياس ولما
كان متجزئا عنده لم يكن الاعتاق اتلافا لنصيب الشريك حتى يوجب
ضمان الاتلاف لكن بقي نصيبه محتبسا عند العبد لحقه بحيث لا يمكن
استخلاصه منه وانما يوجب الضمان على ما بينا وهذا المعنى لا يوجب
الفصل بين اليسار والاعسار فثبت خيار السعاية في الحالين
واذا اعتق بالاعتاق او بالسعاية او ببدل الكتابة فالولاء بينهما
لان الولاء للمعتق والاعتاق حصل منهما **واما** خيار التضمين حال
يسار المعتق فامر ثبت شرعا غير معقول المعنى بالاحاديث التي
روينا لان الاعتاق اذا كان متجزيا عنده كان المعتق متصرفا
في ملك نفسه على طريق الاقتصار ومن تصرف في ملك نفسه
لا يؤاخذ بما حدث في ملك غيره عند تصرفه لا بتصرفه كمن احرق
دار نفسه فاحترقت دار جاره او اسقى ارض نفسه فنزت ارض
جاره او حفر بيرا في دار نفسه فوقع فيها انسان ونحو ذلك الا
ان وجوب الضمان حالة اليسار ثبت بالنصوص تعبدا غير معقول
فيبقى حالة الاعسار على اصل القياس او ثبت معقولا بمعنى النظر
للشريك كي لا يتلف ماله بمقابلة مال في ذمة المفلس من غير
صنع من المعتق في نصيب شريكه يصلح ان يكون موجبا للضمان
ومن غير ان يكون في مقابلته عوض فيكون ضمان صلة وتبرع
كنفقة المحارم وضمان الصلة والتبرع انما يجب حالة اليسار كما في نفقة
الاقارب او وجب نظرا للعبد لانه تبرع عليه باعتاق نصفه فلم
يتم غرضه في ايصال ثمرات العتق الى العبد فوجب عليه الضمان
تتميما لغرضه فيختص وجوبه بحالة اليسار **ومن مشايخنا** رحمهم
الله من سلك طريقة اخرى لابي حنيفة رحمه الله في ضمان العتق فقال
هذا ضمان افساد عنده لان المعتق باعتاقه نصيبه افسد نصيب
شريكه حيث اخرجه من ان يكون منتفعا به في حقه حتى لا يملك فيه
سائر التصرفات المزيلة للملك عقيب فعله وانما يملك الاعتاق
والسعاية والحكم متى ثبت عقيب وصف مؤثر يضاف اليه الا انه لا تجب

على المعسر نصا بخلاف القياس **ومنهم من قال** هو ضمان تملك لان بوجوب
الضمان على المعتق يصير نصيب شريكه ملكا له حتى كان له ان يعتقه
بنفسه مجانا بغير عوض وان شاء استسعى العبد وهذا تفسير ضمان
التملك ان يكون بمقابلة الضمان ملك العوض وهذا كذلك ولهذا
كان ضمان الغصب ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي وجود
الاتلاف كضمان الغصب **فان قيل** كيف يكون ضمان التملك
والمضمون وهو نصيب الشريك لا يحتمل النقل من ملك الى ملك
قيل له يحتمل النقل الى ملك المعتق بالضمان وان كان لا يحتمل النقل
الى غيره ويجوز بيعه منه ايضا في القياس هكذا ذكر في الاصل
وقال ان باع الذي لم يعتق نصيبه من المعتق او وهبه له على عوض
اخذه منه وهذا واختيار الضمان سواء في القياس غير ان
هذا افحشهما والبيع هو نقل الملك بعوض الا في الاستحسان
لا يجوز بيعه من المعتق كما لا يجوز من غيره لكن هذا لا ينفي جواز
النقل لا على وجه البيع فان الشيء قد يحتمل النقل الى انسان
بالضمان وان كان لا يحتمله بجهة البيع فان الخمر ينتقل الى المسلم
بالضمان بان اتلف على ذمي خمرا وان كانت لا تنتقل اليه بالبيع
على ان قبول المحل لانتقال الملك فيه يشترط حال انعقاد السبب
لا حال اداء الضمان لانه يملكه من ذلك الوقت فيراعى قبول المحل
في ذلك الوقت فيراعى قبول المحل في ذلك الوقت الا ان يرى
ان من غصب من اخر عبدا فهلك في يده ثم ادى الضمان انه يملكه
ومعلوم ان الهالك لا يقبل الملك لكن لما كان قابلا وقت انعقاد
السبب والملك يثبت من ذلك الوقت يعتبر قبول المحل فيه
كذا ههنا ثم اذا ضمن الذي اعتق فالمعتق بالخيار ان شاء اعتق ما
بقي وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء استسعى لما ذكرنا في الشريك
الذي لم يعتق لان نصيبه انتقل اليه فقام مقامه واي وجه
عتق من الاعتاق او السعاية فولاء العبد له كله لانه عتق كله على
ملكه **هذا** اذا كان المعتق موسرا **واما** اذا كان معسرا
فللشريك اربع خيارات ان شاء اعتق وان شاء دبر وان شاء
كاتب وان شاء استسعى لما ذكرنا **واما على قول ابي يوسف** ومحمد رحمهما الله
فيعتق كله لان الاعتاق عندهما لا يتجزى فكان اعتاق بعضه
اعتاقا لكله ولا خيار للشريك عندهما وانما له الضمان لا غير
ان كان المعتق موسرا وان كان معسرا فله السعاية لا غير لما
ذكرنا ان المعتق صار متلفا نصيب الشريك فكان ينبغي ان يكون

الواجب هو الضمان في حالة اليسار والاعسار الا ان وجوب السعاية
حالة الاعسار ثبت بخلاف القياس بالنص **واما على قول الشافعي** رحمه الله
ان كان المعتق موسرا عتق كله وللشريك ان يضمنه لا غير كما قالا وان
كان معسرا يعتق ما اعتق ويبقى الباقي محلا لجميع التصرفات المزيله
للملك من البيع والهبة وغير ذلك لان الاعتاق عنده لا يتجزى في
حالة اليسار وفي حالة الاعسار لا يتجزى لما ذكرنا من الدلايل لابي
حنيفه فيقتصر حكم تصرف المعتق على نصيبه فيبقى نصيبه على ما كان
ومن مشايخنا رضي الله عنهم من قال لا خلاف بين اصحابنا في ان العتق
لا يتجزى وانما اختلفوا في الاعتاق وهذا غير سديد لان الاعتاق
لما كان متجزيا عند ابي حنيفة كان العتق متجزيا ضروره اذ العتق
حكم الاعتاق والحكم يثبت على وفق العله لانه يوجد الاعتاق في النصف
ويتاخر العتق فيه الى وقت الضمان او السعاية وانه ولما لم يكن
متجزيا عندهما لم يكن الاعتاق متجزيا ايضا لما قلنا ولان القول
بهذا قول بتخصيص العله لانه يوجد الاعتاق في النصف ويتاخر العتق
فيه الى وقت الضمان او السعاية وانه قول بوجود العله ولا حكم
وهو تفسير تخصيص العله وانه باطل **ولنا** ان العتق وان ثبت
في نصيب المعتق على طريق الاقتصار عليه لكن في العتق حق الله تعالى
وحق العبد بالاجماع **وانما اختلفوا** في الرجحان فالقول بالتمليك ابطال
الحقين وهذا لا يجوز وكذا فيه اضرار بالمعتق باهدار تصرفه من
من حيث الثمرة للحال واضرار العبد من حيث الحاق الذل به
في استعمال النصف الحر والضرر منفي شرعا **فان قيل** ان كان
في التمليك اضرار بالمعتق والمعتق ففي المنع من التمليك اضراره
بالشريك الساكت لما فيه من منعه من التصرف في ملكه موقع التعارض
فالجواب انا لا نمنعه من التمليك اصلا وراسا فان له ان
ان يضمن المعتق ويستسعي العبد ويكاتبه وفي التضمين تمليكه من
المعتق بالضمان وفي الاستسعاء والمكاتبه ازالة ملكه الى عوض وهو
السعايه وبدل الكتابه فكان فيما قلنا رعاية الجانبين فكان اولى
فان اختار التدبير فدبر نصيبه صار نصيبه مدبرا عند ابي حنيفة
رحمه الله لان نصيبه باق على ملكه فيحتمل التخريج الى الملك العتق
والتدبير تخريج له الى العتق الا انه لا يجوز له ان يتركه على حاله ليعتق
بعد الموت بل يجب عليه السعايه للحال فيودي فيعتق لان تدبيره
اختيار منه السعايه وله ان يعتق لان المدبر قابل للاعتاق وليس
له ان يضمن المعتق لان التضمين يقتضي تمليك المضمون والمدبر

لا يحتمل النقل من ملك الى ملك ولان تدبيره اختيار منه للسعايه
واختيار السعايه يسقط ولاية التضمين على ما نذكر وان اختار
الكتابه فكاتب نصيبه يصير نصيبه مكاتبا عند ابي حنيفه رحمه الله
لما قلنا وكانت مكاتبته اختيارا منه للسعايه حتى لا يملك تضمين
المعتق بعد ذلك ولان ملك المكاتب وهو مكاتب لا يحتمل النقل
ايضا فيتعذر التضمين ويملك اعتاقه لان الكتابه لا تمنع من الاعتاق
ثم يعتق البعض اذا كوتب فالامر لا يخلو اما ان كاتبه على الدراهم
والدنانير واما ان كاتبه على العروض واما ان كاتبه على الحيوان
فان كاتبه على الدراهم والدنانير فان كانت المكاتبه على قدر قيمته
جازت لانه قد ثبت له اختيار السعايه فاذا كاتبه على ذلك فقد
اختار السعايه وتراضيا عليها وان كاتبه على اقل من قيمته يجوز
ايضا لانه رضي باسقاط بعض حقه وله ان يرضى باسقاط الكل فهذا
اولى وان كاتبه على اكثر من قيمته فان كانت الزياده مما يتغابن
الناس في مثلها جازت ايضا لان هذه زياده متحققه لدخولها تحت
تقويم احد المقومين وان كانت مما لا يتغابن الناس في مثلها
لا يطرح عنه الفضل لان مكاتبته اختيار السعايه والسعايه
من جنس الدراهم والدنانير فلا يجوز اخذ الزياده على القدر
المستحق لانه يكون ربا وان كانت المكاتبه على العروض جازت
بالقليل والكثير لان الثابت له عليه وهو السعايه من جنس
الدراهم والدنانير لان بيع الدراهم والدنانير بالعروض
جائز قلت العروض او كثرت وان كانت على الحيوان جازت
لان الحيوان يثبت دينا في الذمه عوضا عما ليس بمال ولهذا جاز
ابتداء الكتابه على حيوان ويجب الوسط كذا هذا ولو صالح الذي
لم يعتق العبد او المعتق على مال فهذا لا يخلو اما ان لاقسام التي
ذكرنا في المكاتبه فان كان الصلح على الدراهم والدنانير على
نصف قيمته لا شك انه جائز وكذا اذا كان على اقل من
نصف قيمته لانه يستحق نصف القيمه فاذا رضي بدونه فقد اسقط
بعض حقه فيجوز وكذلك ان كان على اكثر من نصف قيمته مما
يتغابن الناس في مثله لما قلنا فاما اذا كان على اكثر من نصف قيمته
مما لا يتغابن الناس في مثله فالفضل باطل في قولهم جميعا **واما**
على اصل ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فظاهر لان نصف القيمه قد وجبت
على العبد او على المعتق والقيمه من الدراهم والدنانير والزياده
على القدر المستحق يكون فضل مال لا يقابله عوض في عقد المعاوضه

فيكون ربا كمن كان له على اخر الف درهم فصالحه على الف وخمسمايه ان الصلح
يكون باطلا كذا هذا **وهذا** على اصلهما مطرد لان عندهما ان من اتلف
على اخر مالا مثل له او غصب منه مالا مثل له فهلك في يده فالثابت
في ذمته القيمه حتى لو صالح على اكثر من قيمته لا يجوز عندهما فكذا ضمان
العتق لانه ضمان الاتلاف عندهما واما عند ابي حنيفه رحمه الله فصالح
عن المتلف والمغصوب على اضعاف قيمته جايز وههنا نقول لا يجوز
فيحتاج الى الفرق بين المسالتين **والفرق** له من وجوه **احدها**
ان الواجب بالاتلاف والغصب مما لا مثل له من جنسه في ذمة المتلف
والغاصب هو المتلف لا قيمته فاذا صالح على اكثر من قيمة المتلف
والمغصوب كان ذلك عوضا عن المتلف فجاز وضمان العتق ليس
بضمان اتلاف ولا ضمان غصب عنده ليثبت المتلف والمغصوب
في الذمه فكان الثابت في الذمه هو القيمه وهي دراهم ودنانير
فلا يجوز الصلح على اكثر منها **والثاني** ان الغاصب انما يملك المغصوب
عند اختيار الضمان لا قبله بدليل ان له ان لا يضمنه اصلا ليهلك
على ملكه فيثاب على ذلك ويخاصم الغاصب في القيمه فكان المغصوب
قبل اختيار الضمان على ملك المغصوب منه فكان صلحا عن العبد
على هذا القدر من المال لانه ملكه منه وانه محتمل للملك وانه
محتمل التمليك فصح ومعتق البعض لا يحتمل التمليك مقصودا
فكان الصلح عن قيمته فلا يجوز لما بينا **والثالث** ان الضمان في باب
الغصب يجب وقت الغصب لانه هو السبب الموجب للضمان فيثبت الملك
للغاصب في المغصوب في ذلك الوقت وانه في ذلك الوقت قابل
للتمليك فصح الصلح على القليل والكثير والضمان في باب العتق
يجب وقت الاعتاق والعبد في ذلك الوقت لا يحتمل التمليك
مقصودا فالصلح لا يقع عن العبد وانما يقع عن قيمته فلا يجوز
الزياده من قيمته وان كان الصلح على عرض جاز بالقليل
والكثير لان ذلك بيع العرض بالدراهم والدنانير وذلك جايز
كيف ما كان فان صالحه على شي من الحيوان كالعبد والفرس ونحوهما
فان صالح العبد جاز وعليه الوسط وان صالح المعتق لم يجز
لان في الفصل الاول جعل الحيوان بدلا عن العتق وانه ليس بمال
والحيوان يثبت دينا في الذمه بدلا عما ليس بمال كالاعتاق على
مال والكتابه والنكاح والصلح عن دم العمد ولان الصلح مع
العبد في معنى مكاتبته وان كاتبه على عبد مطلق او فرس يصح
ويجب الوسط كذا هذا **واما** في الفصل الثاني فانما جعل الحيوان

بدلا عن العتق وانه ليس بمال والحيوان يثبت دينا في الذمه بدلا عما
ليس بمال كالاعتاق على مال عن القيمه وانها مال والحيوان لا يثبت
دينا في الذمه بدلا عن المال كالبيع ونحوه ولو كان شريك المعتق في
العبد صبيا او مجنونا له اب او جد او وصي فوليه او وصيه
بالخيار ان شا ضمن المعتق وان شا استسعى العبد وان شا كاتبه
وليس له ان يعتق او يدبر لان التدبير اعتاق والصبي والمجنون
لا يملكان الاعتاق فلا يملكه من يلي عليهما وانما يملك الاب
او الوصي الاستسعا والتضمين لان الاستسعا مكاتبه والاب
والوصي يملكان كتابه عبد الصبي والمجنون والتضمين فيه نقل
الملك الى المعتق فيشبه البيع وهما يملكان بيع مال الصبي
والمجنون وكذلك لو كان الشريك مكاتبا او ماذونا عليه
دين انه يتخير بين الضمان والسعايه والمكاتبه الا انهما لا يملكان
الاعتاق لانعدام ملك الرقبه **اما** ثبوت الخيار للمكاتب
فلا شك فيه لانه اخص بالتصرف فيما في يده من المولى **واما** الماذون
الذي عليه دين فكذلك لان المولى لا يملك ما في يده على اصل
ابي حنيفه رحمه الله فيكون الخيار للعبد **وعلى اصلهما** ان كان يملك
لكن العبد اخص بالتصرف فيما في يده من المولى وان لم يكن عليه
دين فالخيار للمولى كما في الحر لانه اذا لم يكن عليه دين فهو وما في
يده ملك المولى وكان الخيار للمولى فان اختار الشريك السعايه
ففي الصبي والمجنون الولا لهما لانهما لكونهما حرين وفي المكاتب
والماذون الولا للمولى لكونهما رقيقين والولا لا يثبت الا للحر وان لم
يكن للصغير والمجنون ولي ولا وصي فان كان هناك حاكم نصب
الحاكم من يختار لهما اصلح الامور من التضمين والاستسعا
والمكاتبه وان لم يكن هناك حاكم وقف الامر حتى يبلغ الصبي
ويفيق المجنون فيستوفيان حقوقهما من الخيارات الخمس **ثم اذا**
اختلف حكم اليسار والاعسار في الضمان لا بد من معرفتهما
فاليسار هو ان يملك المعتق قدر قيمة ما بقي من العبد قلت
او كثرت والاعسار هو ان لا يملك هذا القدر لا ما يتعلق به
حرمة الصدقه وحلها حتى لو ملك هذا القدر كان للشريك
ولايه تضمينه والا فلا والى هذا وقعت الاشاره فيما روينا
من حديث ابي هريره عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
من كان له شقص في مملوك فاعتقه فعليه خلاصه من ماله ان
كان له مال وان لم يكن له مال استسعي في رقبته غير مشقوق عليه

اعتبر مطلق المال لا النصاب واشار الي ان الواجب تخليص العبد وبهذا
القدر يحصل التخليص وبدونه لا يحصل **ثم** يسار المعتق واعساره يعتبر
وقت الاعتاق حتى لو كان معسرا وقت الاعتاق لا يضمن وان ايسر بعد
ذلك لان ذلك وقت وجوب الضمان فيعتبر ذلك الوقت كضمانه
الاتلاف والغصب ولو اختلفا في اليسار والاعسار فان كان
اختلافهما حال الاعتاق فالقول قول المعتق لان الاصل هو الفقر
والغنا عارض فكان الظاهر شاهدا للمعتق والبينة بينة الاخر
لانها تثبت زياده وان كان الاعتاق متقدما فاختلفا فقال
المعتق اعتقت عام الاول وانا معسر ثم ايسرت وقال الاخر بل
اعتقته عام الاول وانت موسر فالقول قول المعتق وعلى الشريك
اقامة البينه لان حال اعتبار اليسار والاعسار يشهد للمعتق
فيحكم الحال كما اذا اختلف صاحب الرحا والطحان في انقطاع
الما وجريانه انه يحكم الحال كذا ههنا وقال ابو يوسف رحمه الله
في عبد بين رجلين قال احدهما احدكما حر وهو فقير ثم استغنى ثم
اختار ان يوقع العتق على احدهما ضمن نصف قيمته يوم العتق وكذلك
لو كان مات قبل ان يختار وقد استسعى قبل موته ضمن ربع قيمه
كل واحد منهما انما انظر الى حاله يوم اوقع بمنزلة من كاتب نصيبه
من العبد ثم ادى فعتق ثم انما انظر الى حال مولاه يوم عتق
المكاتب ولا انظر الى حاله يوم كاتب **وهذا** على اصله صحيح
لان اضافة العتق الى المجهول تعليق العتق عنده بشرط الاختيار
كانه علقه به نصا فيعتبر حاله يوم الاختيار لانه يوم العتق
كما لو قال لعبد مشترك بينه وبين غيره ان دخلت الدار فانت
حر فدخل فانه يضمن نصف قيمته يوم دخل الدار لا يوم اليمين
لان يوم الدخول هو يوم العتق **واما على اصل محمد** رحمه الله
فاضافة العتق الي المجهول تنجيز وانما الاختيار لتعيين لمن وقع
عليه العتق فيعتبر صفة المعتق في يساره واعساره يوم تكلم
بالعتق وكذا يعتبر قيمة العبد في الضمان والسعاية يوم
الاعتاق حتى لو علمت قيمته يوم اعتقه ثم ازدادت او انتقصت
او كانت امه فولدت لم يلتفت الى ذلك لانه يوم وجوب الضمان
فيعتبر قيمته يومئذ كما في الغصب والاتلاف وان لم يعلم ذلك
واختلفا **فجملة** الكلام فيه ان العبد لا يخلو اما ان يكون قايما
وقت الخصومه واما ان يكون هالكا اتفقا على حال المعتق او
اختلفا فيها **والاصل في** هذه الجمله ان الحال ان كانت تشهد

لاحدهما فالقول قوله لان الحال شاهد صادق اصله مسئلة الطاحونة
وان كانت لا تشهد لاحدهما فالقول قول المعتق لانه منكر فان
كان العبد قايما وقت الخصومه واتفقا على العتق في الحال واختلفا
في قيمته بان قال المعتق قد اعتقته وقيمته كذا وقال شريكه
لم اعتقته اليوم الا ان قيمته اكثر من ذلك يرجع الى
قيمة الحال ولا يعتبر التحالف والبينه لان الحال اصدق
وكذا لو اختلفا في حال العتق فقال المعتق اعتقته قبل هذا
وكانت قيمته كذا وقال الاخر بل اعتقته اليوم وقيمته اكثر
او قال المعتق اعتقته اليوم وقيمته كذا وقال الاخر بل
اعتقته قبل ذلك وقيمته كانت اكثر رجع الي قيمته في الحال
لان الحال اذا شهدت لاحدهما فالظاهر ان قيمته كذلك وقت
الاعتاق اذ الاصل دوام الحال والتغير خلاف الاصل
فكان الظاهر شاهدا له فاشبه اختلاف صاحب الطاحونه
مع الطحان في انقطاع الما وجريانه انه يحكم الحال فيه كذا هذا
وان اتفقا على ان العتق كان متقدما على زمان الخصومه
لكن قال المعتق قيمته كانت كذا وقال الشريك بل كانت
اكثر فههنا لا يمكن تحكيم الحال بالرجوع الى قيمة العبد في الحال
لانها تزيد وتنقص في المده ويكون القول قول المعتق لان
الشريك يدعي عليه زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله
كالمتلف والغاصب وقالوا في الشفعه اذا احترق البنا
واختلف الشفيع والمشتري في قيمته وقيمة الارض ان المرجع
الى قيمة الارض في الحال والقول في البنا قول المشتري لان
الشفيع يريد ان يملك عليه الارض بالشفعه فلا يجوز ان
يتملكها الا بقوله **فاما** المعتق فلا يريد ان يتملك على شريكه
وانما شريكه يدعي عليه زيادة ضمان وهو ينكر وكذلك اذا
كان العبد هالكا فالقول قول المعتق لما قلنا انه منكر
للزياده والله اعلم وان هلك العبد قبل ان يختار الشريك
الذي لم يعتق شيا هل له ان يضمن المعتق اذا كان موسرا
اختلفت الرواية فيه عن ابي حنيفه **روى** محمد رحمه الله عنه
وهو رواية الحسن واحدى روايتي ابي يوسف رحمه الله له
ان يضمن المعتق **وروى** ابو يوسف رحمه الله رواية اخرى عنه
انه لا ضمان له على المعتق **وجه هذه الرواية** ان تضمين
المعتق ثبت نصا بخلاف القياس لما بينا فيما تقدم ان الشريك

بالاعتاق تصرف في نصيب نفسه على وجه الاقتصار عليه لبقاء نصيب الشريك على ملكه وبعده بعد الاعتاق الا ان ولاية التضمين ثبتت شرعا بشريطة نقل ملك المضمون الى الضامن فاذا هلك لم يبق الملك فلا يتصور نقله فينتفي ولاية التضمين على اصل القياس والله اعلم **وجه رواية محمد** ان ولاية التضمين قد ثبتت بالاعتاق فلا يبطل بموت العبد كما اذا مات العبد المغصوب في يد الغاصب **واما** قوله ملك الشريك بهلاك العبد خرج عن احتمال النقل **فنقول** الضمان يستند الى وقت الاعتاق فيستند ملك المضمون الى ذلك كما في باب الغصب وهو في ذلك الوقت كان محتملا للنقل وامكن ايجاب الضمان واذا ضمن المعتق يرجع المعتق بما ضمنه في تركة العبد ان كان له تركة وان لم يكن فهو دين عليه لما ذكرنا من اصل ابي حنيفة رحمه الله ان نصيب الشريك يبقى على ملكه وله ان يضمن المعتق ان كان موسرا واذا ضمنه ملك المعتق نصيبه بالسبب السابق وهو الاعتاق وكان له ان يرجع بذلك في تركة العبد وان لم يترك شيئا فلا شي للشريك لان حقه عليه وقد مات مفلسا **هذا اذا** مات العبد فاما اذا مات احد الشريكين فان مات المعتق فلا يخلو اما ان يكون الاعتاق منه في حال صحته **واما** ان يكون في حال مرضه فان كان في حال صحته يوخذ نصف قيمة العبد من تركته بلا خلاف وان كان في حال مرضه لم يضمن شيئا حتى لا يوخذ من تركته **وهذا** قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يستوفي الشريك من ماله قيمة نصيبه وهذا مبني على الاصل الذي ذكرنا ان الاعتاق لا يتجزى عندهما وعنده يتجزى **ووجه البنا** على هذا الاصل ان الاعتاق لما لم يكن متجزيا عندهما كان ضمان العتق ضمان اتلاف وضمان الاتلاف لا يختلف بالصحة والمرض ولما كان متجزيا عنده كان المعتق متصرفا في ملك نفسه على طريق الاقتصار **ومثل هذا** لا يوجب الضمان في اصول الشرع ولهذا لو كان معسرا لا يجب الضمان ولو كان اعتاقه اتلافا وافسادا لنصيب شريكه معنى لوجب لان ضمان الاتلاف لا يختلف باليسار والاعسار الا انا عرفنا وجوب الضمان بالنص وانه ورد في حال اليسار المطلق وذلك في حالة الصحة لانها حال خلوص امواله له وفي مرض الموت يتعلق بها حق الورثة حتى لا يصح اقراره للورثة اصلا ولا يصح تبرعه على الاجنبي الا من الثلث ولا تصح كفالته ولا

اعتاقه الا من الثلث فلم يكن حال المرض حال اليسار مطلق ولا ملك مطلق فبقي الامر فيها على اصل القياس ولان ضمان المعتق ضمان صلة وتبرع لوجوبه من غير صنع من جهة المعتق في نصيب الشريك **الا ترى** انه لا يجب على المعسر والصلات اذا لم تكن مقبوضة يسقط بالموت كنفقة الاقارب والزكاة وغير ذلك والى هذا اشار محمد رحمه الله لابي حنيفة رحمه الله انه لو وجب الضمان على المريض ويوخذ من تركته يكون هذا من مال الوارث والمعنى فيه ان الشرع جعل الثلث للمريض في حال مرض موته والثلثين للورثة **قال** النبي صلى الله عليه وسلم ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم في اخر اعماركم زيادة على اعمالكم وهكذا نقول في حال الصحة انه يجب صلة ثم قد ينقلب معاوضة في حالة البقاء فانه يثبت به الملك في المضمون في حق الاعتاق والاستسعا كالهبة بشرط العوض انه ينعقد صلة ثم ينقلب معاوضة وكذا الكفالة تنعقد تبرعا حتى لا تصح الا ممن هو من اهل التبرع ثم تنقلب معاوضة وانما انقلب معاوضة لانه يوجب الملك في ضمان في رقبة العبد مجازاة لصلته او تحلاعا للعبد لان الضمان عليه في الحقيقة لحصول النفع له ثم له حق الرجوع في مالية العبد بالسعاية كما في الكفالة ان الكفيل يكون متبرعا في التحمل عن المكفول عنه ثم اذا صح تحمله وملك ما في ذمته بالاداء الى المكفول له انقلب معاوضة **الا ترى** ان من قال في حال الصحة ما ذاب لك على فلان فهو علي ثم ذاب له على فلان في مرضه فاخذ ذلك من المريض فانه يعتبر من جميع المال لا من الثلث ويوخذ من الثلث ويوخذ من تركته ولو وجد ابرا الكفيل في المرض يكون المودى معتبرا من الثلث فدل على التفرقة بين الفصلين وان مات الشريك الذي لم يعتق يثبت الخيار لورثته فان اجتمعوا على شي من الاعتاق او التضمين او الاستسعا وغير ذلك فلهم ذلك بلا خلاف لانهم يخلفون الميت ويقومون مقامه وكان للمورث ذلك قبل موته فكذا لهم وان انفردوا فاراد بعضهم الاعتاق وبعضهم التضمين ذكر في الاصل ان لهم ذلك وقال الحسن بن زياد ان ليس لهم ذلك الا ان يعتقوا او يستسعوا او يضمنوا والظاهر انه رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله لان الاعتاق عند الحسن لا يتجزى كما لا يتجزى عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فلا يصح هذا التفريع على مذهبه

وجه ما ذكر في الاصل ان نصيب الشريك قد بقي على ملكه عند ابي حنيفه
فيجري الاعتاق عنده وقد انتقل نصيبه الى الورثه فصاروا كالشركا
في الاصل في العبد اعتق احدهم نصيبه ان للباقين ان يختار كل واحد
منهم ما يشا كذا هذا **وجه رواية الحسن** ان الورثه انتقل اليهم ما كان
للميت وما كان له ان يختار الضمان في العتق والسعايه في البعض فكذا
لهم ولان المستسعى بمنزلة المكاتب عند ابي حنيفه **ومن** كاتب عبده
ثم مات ليس لورثته ان ينفردوا بان يختار بعضهم الاعتاق وبعضهم
التضمين وهو الاستسعا بل ليس لهم الا ان يجتمعوا على شي واحد
اما العتق واما الضمان كذا هذا **ثم** على رواية الحسن لو اعتق
بعضهم كان اعتاقا باطلا ما لم يجتمعوا على الاعتاق لان المستسعا
كالمكاتب على اصل ابي حنيفه رحمه الله ولو مات المولى فاعتق
بعض الورثه المكاتب كان اعتاقه باطلا ما لم يجتمعوا عليه كذا
هذا واذا اجتمعوا على عتقه يعتق بلا خلاف والولا يكون للميت
حتى ينتقل الى الذكور من ورثته دون الاناث وهو فايدة كونه
للميت لان من اصل ابي حنيفه رحمه الله ان المعتق بعضه في معنى
المكاتب والمكاتب لا ينتقل الملك فيه بالارث فكان ولاوه للميت
كذا هذا واذا كان المعتق موسرا يوم اعتقه فاختار الشريك
تضمينه ثم اراد ان يرجع عن ذلك ويختار السعايه ذكر في الاصل
انه ليس له ذلك ولم يفصل بينما اذا رضي المعتق بالضمان
او حكم به الحاكم او لم يرض به المعتق ولا حكم به الحاكم **وروي**
بن سماعه رحمه الله عن محمد رحمه الله ان له ذلك ما لم يقبل المعتق عنه
التضمين او يحكم به الحاكم فان قبل او حكم به حاكم فليس له ذلك
من المشايخ من لم يجعل في المسئله اختلاف الروايه وجعل ه
ما ذكره بن سماعه عن محمد من التفصيل تفسيرا لما ذكرنا في ظاهر
الروايه واليه ذهب الجصاص رحمه الله وقال اراد بما ذكره
في الكتاب اذا قضى به القاضي او رضي به الشريك **وحكي** عن
الشيخ ابي الحسن الكرخي والجصاص رحمهما الله انهما جعلا مسئلة
الغاصب وغاصب الغاصب على هذا انه اذا اختار المغصوب
منه تضمين احدهما ثم بدا له واختار تضمين الاخر فله ذلك
الا ان يرضى به المضمن او يقضي به القاضي ومنهم من جعل في
المسئله روايتين **وجه ما ذكر في الاصل** ان له خيار التضمين
وخيار السعايه والمخير بين شيئين اذا اختار احدهما سقط
حقه عن الاخر فكان اختياره التضمين ابرا للعبد عن السعايه ولهذا

لو اختار السعايه لم يكن له ان يختار الضمان وكان نفس خيار السعايه ابرا
له عن الضمان من غير قضا ولا رضى كذا اذا اختار الضمان **وجه رواية
بن سماعه** ان اختيار الشريك تضمين المعتق ايجاب الملك له في المضمون
بعوض وهو الضمان وذلك لا يتم الا بالرضا او بالقضا فما لم يوجد احدهما
لا يتم له الاختيار وكان له ان يرجع عنه الى السعايه بخلاف ما اذا
اختار الشريك السعايه ان لا يكون له خيار التضمين بعد ذلك رضي
بذلك العبد ام لم يرض لان اختيار السعايه على العبد ليس له
فيه ايجاب الملك للعبد بعوض حتى يقف ذلك على رضاه فلا
يقف عليه فان اعتق احدهما نصيب صاحبه لم يعتق منه شي ه
اما على اصل ابي حنيفه فظاهر لان العتق عنده يتجزى فيقتصر
العتق على نصيب المعتق فاذا صادف ملك غيره لم يعتق ينفذ
واما على اصلهما فالعتق وان كان لا يتجزى لكن لا بد من ثبوت
العتق في نصيبه ثم يسرى الى نصيب شريكه فاذا اضاف الاعتاق
الى نصيب شريكه لم يثبت العتق في نصيب نفسه فلا يتعدى
الى نصيب الشريك وان كان المعتق جاريه حاملا لا يضمن المعتق
من قيمة الولد شيا لان الحمل بمنزلة طرف من اطرافها والاطراف
بمنزلة الاوصاف والاوصاف لا تفرد بالضمان الا بعد وجود
سبب وجوب الضمان فيها مقصودا ولان الحمل في الادميه نقصان
فكيف يلزمه نقصان المتلف زيادة ضمان وكذلك كل حمل
يعتق بعتق امه اذا كان المعتق مالكهما كما في الرهن وان لم
يكن مالكا للولد كما في الجاريه الموصى برقبتها لرجل وحملها الاخر
فاعتق صاحبها لرقبة الام يعتق الحمل ويضمن قيمته لصاحبه
لان الولد انفرد عن الام في الملك فجاز ان يفرد بالضمان ه
وان كان العبد بين جماعه فاعتق احدهم نصيبه فاختار بعض
الشركا الضمان وبعضهم السعايه وبعضهم العتق فذلك لهم
ولكل واحد منهم ما اختار في قول ابي حنيفه رحمه الله لان اعتاق
نصيبه اوجب لكل واحد منهم الخيارات ونصيب كل واحد ه
لا يتعلق بنصيب الاخر فكان لكل واحد منهم ما اختاره **وعلى
هذا الاصل** قال ابو حنيفه رحمه الله في عبد بين ثلاثه اعتق احدهم
نصيبه ثم اعتق الاخر بعده فللثالث ان يضمن المعتق الاول ان كان
موسرا وان شا اعتق او دبر او كاتب او استسعى لان نصيبه بقي
على ملكه فيثبت له الخيارات للتخريج الى الاعتاق وليس له ان يضمن
المعتق الثاني وان كان موسرا لان تضمين الاول ثبت على مخالفة القياس

لما ذكرنا انه لا يصح للمعتق في نصيب الشريك باتلاف شريكه نصيبه وانما
عرفناه بالنص نظرا للشريك وانه يحصل بتضمين الاول ولان ضمان العتق
ضمان معاوضة في الاصل فاذا اعتق الاول فقد ثبت للشريك حق نقل
ملك المضمون اليه باختياره الضمان وتعلق بذلك النقل حق الولاء
والولاء لا يلحقه الفسخ فلا يملك نقل حق التضمين الى غيره فان اختار
تضمين الاول فللاول ان يعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء
استسعى لانه قام مقام المضمن وليس له ان يضمن المعتق الثاني لان
الاول لم يكن له ان يضمنه فكذا من قام مقامه **واما** على اصلهما
فلما اعتق الاول عتق جميع العبد فلم يصح اعتاق الثاني وليس
للثاني والثالث الا التضمين ان كان المعتق موسرا والسعاية ان
كان معسرا **وعلى هذا** من كان له عبد فاعتق نصفه فعلى قول ابي حنيفة
رحمه الله يعتق نصفه ويبقى الباقي رقيقا يجب تخريجه الى العتاق فان
شاء اعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء استسعى واذا ادى
السعاية او بدل الكتابة يعتق كله وليس له ان يتركه على حاله **وعلى
قولهما** يعتق كله سواء كان المعتق موسرا او معسرا من غير سعاية
وكذا لو اعتق جزءا من عبده او سهما منه يمضي فيه ما شاء ويبقى الباقي
رقيقا يخرج الى العتاق بالخيارات الذي وصفنا في قول ابي حنيفة رحمه الله
لان الاعتاق عنده متجزئ الا ان ههنا اضاف العتق الى مجهول فيرجع
في البيان اليه كما لو قال ان احدى عبيده حر وقيل ينبغي في قياس قول
ابي حنيفة في السهم ان يعتق منه سدسه لان السهم عبارة عن السدس
في عرف الشرع **لما روي** عن ابن مسعود ان رجلا اوصى في زمن النبي صلى
الله عليه وسلم بسهم من ماله لرجل فاعطاه النبي صلى الله عليه وسلم
سدس ماله وعن جماعة من اهل اللسان ان السهم عبارة عن السدس
في اللغة وعندهما يعتق كله لان العتق لا يتجزى **عبد** بين رجلين
دبره احدهما صار نصيبه مدبرا ثم اذا كان المدبر موسرا فللشريك
ست خيارات ان شاء اعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء
ضمن وان شاء استسعى وان شاء تركه على حاله **وان** كان معسرا
فللشريك خمس خيارات ان شاء اعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب
وان شاء استسعى وان شاء تركه على حاله وليس له ان يضمن وهذا
قول ابي حنيفة رحمه الله لان العتق عنده متجزئ كالاعتاق فيثبت له
الخيارات اما خيار الاعتاق والتدبير والكتابة والسعاية فلان نصيبه
على ملكه باق في حق التخريج الى العتاق **واما** خيار التضمين فلانه بالتدبير
اخرجه من ان يكون محلا للتمليك مطلقا بالبيع والهبة والرهن ونحو ذلك

فقد

فقد اتلفه في حق هذه التصرفات فكان للشريك ولاية التضمين اما خيار
الترك على حاله فلان الحرية لم تثبت في جزء منه فجاز ابقاؤه على الرق
وانه مفيد لان له ان ينتفع به منفعة الاستخدام فلا يكلف تخريجه الى
الحرية ما لم يمت المدبر فان اختار تضمين المدبر فللمدبر ان يرجع بما
ضمن على العبد لان الشريك كان له ان يستسعيه فلما ضمن شريكه قام
مقامه فيما كان له فاذا ادى عتق والولاء كله للمدبر لان كله عتق
على ملكه لانتقال نصيبه اليه وان اختار الاستسعاء او العتق
كان الولاء بينهما لان نصيب كل واحد منهما عتق على ملكه واما
اذا كان معسرا فلا حق له في الضمان لان ضمان التدبير لا يجب
مع الاعسار كما لا يجب ضمان الاعتاق فبقي اربع خيارات
واما على قول ابي يوسف رحمه الله ومحمد رحمهما الله صار كله مدبرا
لان التدبير على اصلهما لا يتجزى كالاعتاق المعجل وليس للشريك
الا التضمين موسرا كان المدبر او معسرا على الرواية المشهورة عنهما
لان ضمان النقل والتمليك لا يختلف باليسار والاعسار كالبيع
ولو كان العبد بين ثلاثة رهط دبره احدهم وهو معسر او موسر ثم اعتقه
الثاني وهو موسر فللشريك الثالث ان يضمن المدبر ثلث قيمته ويرجع
به المدبر على العبد وليس له ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا وليس
له ان يضمن المعتق ما انتقل اليه من نصيب الثالث وهذا قول ابي
حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله العبد كله مدبر
للذي دبره ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسرا كان او معسرا لان
التدبير لما كان متجزيا عند ابي حنيفة فلما دبره احدهم فقد ثبت
لكل واحد من الشريكين ست خيارات فلما اعتقه الثاني فقد استوفى
ما كان له فلم يبق له ولاية تضمين المدبر وللساكت ان يضمنه
لانه اتلف عليه نصيبه فكان له ولاية التضمين وليس له ان
يضمن المعتق لان ضمان المعتق ضمان معاوضة في الاصل وهو
ضمان التملك وهو ان يكون بمقابلة الضمان ملك المضمون كضمان
الغصب ولو ضمن المعتق لا يملك المعتق المضمون لان التدبير انعقد
سببا لوجوب الضمان على المدبر وانه يوجب ملك المضمون فصار
ذلك النصيب بحال لا يحتمل النقل الى غير المدبر فتعذر تضمين
المعتق ولان المدبر بالتدبير قد ثبت له حق الولاء والولاء لا يلحقه الفسخ
فلا يجوز ان ينقله الى الغير وللمدبر ان يضمن المعتق لانه بالاعتاق
اتلف نصيبه عليه باخراجه من ان يكون منتفعا به منفعة الاستخدام
فيضمن له قيمة نصيبه لكن مدبرا لان المتلف مدبر ويرجع به المدبر

على العبد لان نصيب الساكت انتقل اليه فقام هو مقامه وكان له ان يستسعي
العبد وكذا المدبر ولان الحرية لم تثبت في جزء منه فجاز ابقاؤه على الرق
ولم يمكن ان يجعل هذا ضمان معاوضة لان نصيبه مدبر والمدبر لا يحتمل
النقل الى ملك الغير فجعل ضمان جناية بطريق الضرورة وان شاء المدبر
اعتق نصيبه الذي دبره لان باعتاق شريكه لم يزل ملكه وان شاء
استسعى العبد كما في عتق احد الشريكين فان اختار الضمان كان
للمعتق ان يستسعي العبد لان المدبر اقامه مقام نفسه وكان له ان
يستسعيه فكذا له وليس له ان يضمن المعتق قيمة الثلث الذي انتقل اليه
من الثالث لان المدبر انما ملك ذلك الثلث عند القضاء بالضمان مستندا
الى وقت التضمين التدبير والمستند قبل ثبوته في المحل يكون ثابتا من وجه
دون وجه فلا يظهر ملكه في حق المعتق فلا يضمن المعتق له ذلك **واما**
عندهما فالتدبير لما لم يكن متجزيا صار الكل مدبرا او يضمن ثلثي قيمته
للشريكين لاتلاف نصيبهما عليهما سواء كان معسرا او موسرا لانه لا تجب
السعاية ههنا لان بالاعتاق يزول ملكه فيسعى وهو حر وههنا
بالتدبير لا يزول ملكه بل يصير العبد له كله مدبرا وكسب المدبر
للمولى فتعذر الاستسعاء **وعلى هذا** اذا شهد احد الشريكين على الآخر
بالاعتاق بان كان العبد بين رجلين فشهد احدهما على صاحبه انه
اعتقه وانكر صاحبه لا تقبل شهادته على صاحبه ويجوز اقراره
على نفسه ولم يجز على صاحبه ولا يعتق نصيب الشاهد ولا يضمن لصاحبه
ويسعى العبد في قيمته عندهما بينهما موسرين كانا او معسرين في قول
ابي حنيفة رحمه الله **وعندهما** ان كان المشهود عليه موسرا فلا سعاية
للشاهد على العبد وان كان معسرا فله السعاية عليه **اما** عدم قبول
شهادته فلان شهادة الفرد في هذا الباب غير مقبولة وان كانا
اثنين لكان لا يقبل شهادتهما ايضا لانهما بشهادتهما يجران المغنم
الى انفسهما لانهما يثبتان بها حق التضمين لانفسهما ولا شهادة لجار المغنم
على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم الا انه بشهادته على صاحبه
صار مقرا بفساد نصيب نفسه باقراره على صاحبه باعتاق نصيبه
فشهادته على صاحبه واقراره عليه ان لم يجز فاقراره بفساد نصيب
نفسه جائز لان الانسان يصدق في اقراره على نفسه خصوصا فيما
يتضرر به ولا يعتق نصيب الشريك الشاهد لانه لم يوجد منه
الاقرار بعتق نصيبه بل بفساد نصيبه وانما اقر بالعتق في
نصيب شريكه الا ان اقراره بالعتق في نصيب شريكه في حقه ولا
يضمن الشاهد لشريكه لانه لم يعتق نصيب نفسه **واما** السعاية

فلان فساد نصيبه يوجب الخروج الى العتق بالسعاية ويسعى العبد
لهما في قيمته بينهما فيسعى للشاهد في نصف قيمته ويسعى للمنكر في نصف
قيمته سواء كان المنكر معسرا او موسرا في قول ابي حنيفة رحمه الله
لان السعاية تثبت مع اليسار والاعسار على اصله **اما** حق الاستسعاء
للشاهد وان كان المشهود عليه موسرا فلان في زعمه ان شريكه قد
اعتق وان له حق التضمين او الاستسعاء الا انه تعذر التضمين
لان اقراره لم يجز عليه في حق نفسه فبقي له حق الاستسعاء **واما**
المنكر فلان في زعمه ان نصيبه في ملكه قد تعذر عليه التصرف
فيه باقرار شريكه فكان له ان يستسعي **واما** عندهما فان كان المنكر
موسرا فلا سعاية للشاهد على العبد لانه يزعم انه عتق باعتاق
شريكه وانه لا يستحق الا الضمان لان السعاية لا تثبت مع اليسار
على اصلهما وان كان معسرا فللشاهد ان يستسعي **واما** المنكر
فيستسعي على كل حال بالاجماع معسرا كان او موسرا لان نصيبه على
ملكه ولم يوجد منه الاقرار بسقوط حقه عن السعاية فان اعتق كل
واحد منهما بعد ذلك نصيبه قبل الاستسعاء جاز في قول ابي حنيفة
رحمه الله لان نصيب المنكر على ملكه وكذلك نصيب الشاهد
عنده لان الاعتاق يتجزى فاذا اعتقا نفذ عتقهما والولاء بينهما
لان العتق منهما وكذلك ان استسعيا وادى السعاية فالولاء
لهما **واما** على قولهما فالولاء في نصيب الشاهد موقوف لان في زعم
الشاهد ان جميع الولاء لشريكه لان الاعتاق لا يتجزى على اصلهما
وشريكه يجحد ذلك فيسلم له النصف ويوقف له النصف وان شهد
كل واحد منهما على صاحبه وانكر الآخر يحلف كل واحد منهما على دعوى
صاحبه لان كل واحد منهما يدعي العتق على صاحبه يدعي وجوب
الضمان على صاحبه والسعاية على العبد وصاحبه ينكر فيحلف كل
واحد منهما لصاحبه وهذا لان فائدة الاستحلاف النكول ليقضي
به والنكول اما بذل او اقرار والضمان مما يصح بذله والاقرار به
واذا حلفا سعى العبد لكل واحد منهما في نصف قيمته في قول ابي
حنيفة رحمه الله لان في زعم كل واحد منهما ان شريكه قد اعتق وان
له الضمان او السعاية وتعذر التضمين حيث لم يصدقه الآخر
فبقي الاستسعاء ولا فرق عند ابي حنيفة رحمه الله بين حال اليسار
والاعسار **واما** على قولهما فان كانا موسرين فلا سعاية لواحد
منهما لان كل واحد منهما يدعي الضمان على شريكه ويزعم ان لا
سعاية له مع اليسار فلم يثبت له ما ابرأ العبد عنه وان كانا

معسرين سعى العبد لكل واحد منهما لان كل واحد منهما يزعم ان شريكه
اعتق وهو معسر فلا حق له ولا سعاية وان كان احدهما موسرا والاخر
معسرا سعى العبد للموسر منهما ولم يسع للمعسر لان الموسر يزعم انه لا ضمان
له على شريكه وانما له السعاية والمعسر يزعم ان الضمان على الشريك وانه
قد ابرا العبد ثم هو عبد في قول ابي حنيفة رحمه الله ويسعى وهو رقيق الى
ان يؤدي ما عليه لان المستسعى في حكم المكاتب على اصله **وعندهما** هو
حر عليه دين حين شهد الموليان فيسعى وهو حر لان في زعم كل واحد منهما
انه حر من جهة صاحبه ومن اقر بحرية عبد في ملكه عتق عليه **عبد**
بين رجلين قال احدهما ان كنت دخلت هذه الدار امس فانت حر وقال
الاخر ان لم تكن دخلتها امس فانت حر ولا يدري اكان دخل او لم يدخل
عتق نصف العبد بينهما ويسعى في نصف قيمته بين المولين موسرين كانا
او معسرين في قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله ان كانا
معسرين سعى في نصف قيمته بينهما وان كانا موسرين فلا يسعى لاحد
وان كان احدهما موسرا والاخر معسرا سعى للمعسر في ربع قيمته ولا
يسعى للموسر **وقال** محمد رحمه الله ان كانا موسرين لا يسعى وان كانا
معسرين سعى لهما في جميع قيمته **وجه قول محمد** رحمه الله ان كل واحد منهما
يدعي على صاحبه انه اعتقه فصار كشهادة كل واحد منهما على صاحبه
ولان من عتق عليه نصف العبد مجانا بغير سعاية مجهول لان الحانث
منهما مجهول فكان من يقضى عليه بسقوط نصف السعاية مجهولا فلا
يمكن القضاء به **وجه قول ابي حنيفة وابي يوسف** رحمهما الله ان نصف
العبد قد عتق بيقين لان احد الشريكين حانث بيقين اذ العبد لا يخلوا
من ان يكون دخل الدار او لم يدخل اذ لا واسطة بين الدخول والعدم
وليس احدهما بتعيينه للحنث اولى من الاخر والمقضي له بالعتق متعين
فيقسم نصف العبد بينهما واذا عتق نصف العبد بيقين تعذر ايجاب كل
السعاية عليه فيجب نصف السعاية عليه **ثم** على اصل ابي حنيفة رحمه الله
يسعى في نصف قيمته بينهما سوا كانا موسرين او معسرين لان ضمان السعاية
عنده لا يختلف باليسار والاعسار **و**عند ابي يوسف رحمه الله يختلف
فان كانا معسرين سعى لهما وان كانا موسرين لا يسعى وان كان احدهما
موسرا والاخر معسرا يسعى للمعسر ولا يسعى للموسر **وما** ذكره محمد
رحمه الله ان هذا كشهادة كل واحد منهما على الاخر غير سديد لان ههنا
تيقنا بحرية نصف العبد لما بينا وفي مسئلة الشهادة لم يستيقن بالحرية
لاحتمال ان تكون الشهادة كاذبتين **واما قوله** ان الذي يقضى عليه
بالعتق بغير سعاية مجهول فنعم لكن هذا لا يمنع القضا اذا كان المقضي له

معلوما

معلوما لان المقضي له اذا كان معلوما يمكن دفع الجهالة التي من جانب المقضي
عليه بالقسمة والتوزيع واذا كان مجهولا لا يمكن فان حلف رجلان على عبدين
كل واحد منهما لاحدهما فقال احدهما لعبده ان كان زيد دخل هذه
الدار اليوم فانت حر وقال الاخر لعبده ان لم يكن زيد دخل هذه
الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم ولا يدري ادخل زيد الدار او لم
يدخل لم يعتق واحد من العبدين لان ههنا المقضي له وعليه كل واحد
منهما مجهول ولا وجه للقضا عند تمكن الجهالة في الطرفين وفي الفصل الاول
المقضي له بالعتق متعين معلوم والقضا في مثله جائز كمن اعتق واحده
من جواريه العشره ثم جهلها **وعلى هذا** قال ابو يوسف في عبدين بين
رجلين قال احدهما لاحد العبدين انت حر ان لم يدخل فلان هذه الدار
اليوم وقال الاخر للعبد الاخر ان دخل فلان هذه الدار اليوم فانت
حر فمضى اليوم وتصادقا على انهما لا يعلمان دخل او لم يدخل فان هذين
العبدين يعتق من كل واحد منهما ربعه ويسعى في ثلاثة ارباع قيمته
بين المولين نصفين **وقال** محمد رحمه الله قياس قول ابي حنيفة رحمه الله
ان يسعى كل واحد منهما في جميع قيمته بينهما نصفين **وجه قول ابي يوسف**
ان نصف احد العبدين غير عين قد عتق بيقين لان فلانا لا يخلوا من ان
يكون دخل الدار اليوم او لم يكن دخل وكان نصف احدهما حرا بيقين
وليس احدهما بذلك اولى من الاخر فيقسم نصف الحرية بينهما فيعتق من
كل واحد منهما ربعه ويسعى كل واحد منهما في ثلاثة ارباع قيمته للتخريج
الى العتق كما في المسئلة المتقدمة الا ان هناك العبد واحد فيعتق منه
نصفه ويسعى في النصف الباقي وههنا عبدين فيعتق نصف احدهما
غير عين ويقسم على المولين فيعتق كل واحد منهما الربع ويسعى كل واحد
منهما في الباقي وذلك ثلاثة ارباع قيمته **وجه قياس قول ابي حنيفة**
رحمه الله ان المقضي له وعليه مجهولان ولا سبيل الى القضا بالحرية مع
جهالتهما فيسعى كل واحد منهما في جميع قيمته بخلاف المسئلة المتقدمة
لان ثمه المقضي له غير مجهول **ومن هذا النوع** ما ذكره محمد بن سماعة عن ابي
يوسف رحمه الله في عبد بين رجلين زعم احدهما ان صاحبه اعتقه
منذ سنه وانه هو اعتقه اليوم وقال شريكه لم اعتقه وقد اعتقته
انت اليوم فاضمن لي نصف القيمة لعتقك فلا ضمان على الذي زعم ان
صاحبه اعتقه منذ سنه لان قوله انا اعتقته اليوم ليس باعتاق
بل هو اقرار بالعتق وانه حصل بعد اقراره على شريكه بالعتق فلم يصح
وكذا لو قال اعتقه صاحبي منذ سنه واعتقته انا امس وان لم يقر
باعتاق نفسه لكن قامت عليه بينة انه اعتقه امس فهو ضامن لشريكه

لظهور الاعتاق منه بالبينة فدعواه على شريكه العتق المتقدم لا يمنع ظهور الاعتاق منه بالبينة ويمنع ظهوره باقراره والله اعلم

فصل واما بيان حكم الاعتاق وبيان ثبوت وقت حكمه **فنقول** وبالله التوفيق **للاعتاق** احكام **بعضها** اصلي **وبعضها** من التوابع **اما الحكم** الاصلي للاعتاق فهو ثبوت العتق ان الاعتاق اثبات العتق والعتق في اللغة عبارة عن القوة يقال عتق الطائر اذا قوي وطار عن وكره **وفي** عرف الشرع اسم لقوة حكمية للذات يدفع بها يد الاستيلاء والتملك عن نفسه **ولهذا** كان مقابله وهو الرق عبارة عن الضعف في اللغة يقال ثوب رقيق اي ضعيف **وفي** متعارف الشرع **يراد** به الضعف الحكمي الذي يصير به الآدمي محلا للتملك وعلى عبارة التحرير الحكم الاصلي للتحرير هو ثبوت الحرية لان التحرير هو اثبات الحرية وهي الخلوص يقال طين حر اي خالص وارض حرة اذا لم يكن عليها خراج **وفي** عرف الشرع يراد بها الخلوص عن الملك والرق **وهذا الحكم** يعم جميع انواع الاعتاق غير انه ان كان تنجيزا يثبت هذا الحكم للحال وان كان تعليقا بشرط او اضافة الى وقت يثبت بعد وجود الشرط والوقت ويكون المحل قبل ذلك على حكم ملك المالك في جميع الاحكام الا في التعليق بشرط الموت المطلق وهو التدبير عندنا وكذا الاستيلاد **ثم** هذا الحكم قد يثبت في جميع ما اضيف اليه وقد يثبت في بعض ما اضيف اليه **وجملة الكلام فيه** ان الاعتاق لا يخلو اما ان كان في الصحة واما ان كان في المرض فان كان في الصحة عتق كله سوا كان له مال او لم يكن وسوا كان عليه دين او لم يكن لان حق الورثة او الغرماء لا يتعلق بالمال حالة الصحة فالاعتاق صادف خالص ملكه لا حق لاحد فيه فينفذ وان كان في المرض فان كان له مال آخر سوى العبد والعبد كله يخرج من ثلث المال يعتق كله لان الثلث خالص حقه لا حق للورثة فيه وانما تعلق حقهم في الثلثين **والاصل فيه** ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم **انه قال** ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم في آخر اعماركم زيادة على اعمالكم وان كان لا يخرج كله من الثلث واجازت الورثة الزيادة فكذلك لان المانع حق الورثة فاذا اجازوا فقد زال المانع فيعتق كله وان لم يجيزوا الزيادة يعتق منه بقدر ثلث ماله ويسعى في الباقي للورثة وان لم يكن له مال سوى العبد فان اجازت الورثة عتق كله لما قلنا وان لم يجيزوا يعتق ثلثه ويسعى في الثلثين للورثة لما قلنا **والدليل عليه** ايضا ما روي في حديث ابي قلابة ان رجلا اعتق

عبدا

عبدا له عند موته ولا مال له غيره فاجاز النبي صلى الله عليه وسلم ثلثه واستسعاه في ثلثي قيمته فدل الحديث على جواز الاعتاق في مرض الموت حيث اجازه الشارع ذلك وعلى ان الاعتاق في مرض الموت وصية حيث اعتبره من الثلث وعلى بطلان قول من يقول لا سعاية في الشريعة حيث استسعى العبد **هذا** اذا لم يكن عليه دين فان كان عليه دين فان كان مستغرقا لقيمته ولا مال له سوى العبد او له مال آخر لكن الدين مستغرق لماله فاعتق يسعى في جميع قيمته للغرماء ردا للوصية لان الدين مقدم على الوصية الا ان العتق لا يحتمل النقض فيجب السعاية **وروى** عن ابي الاعرج رحمه الله ان رجلا اعتق عبدا له عند الموت وعليه دين فقال النبي صلى الله عليه وسلم يسعى في الدين **وهكذا** روي عن علي وابن مسعود وان كان الدين غير مستغرق لقيمة العبد بان كان الدين الف درهم وقيمة العبد الفان يسعى في نصف قيمته للغرماء ردا للوصية في قدر الدين ثم نصفه الثاني عبد بطريق الوصية فان اجاز الورثة عتق جميع نصفه الثاني وان لم يجز يعتق ثلث النصف الباقي مجانا بغير شي وهو سدس الكل ويسعى في ثلثي النصف **فالحاصل** انه يعتق سدسه مجانا بغير شي ويسعى في خمسة اسداسه ثلاثة اسهم للغرماء وسهمان للورثة ولو كان له عبدان فاعتقهما وهو مريض فهو على التفاصيل الذي ذكرنا انه ان كان له مال سواهما وهما يخرجان من الثلث عتقا جميعا بغير شي لما ذكرنا وان لم يخرجا من الثلث واجازت الورثة الزيادة فكذلك لما قلنا وان لم يجيزوا الزيادة يعتق من كل واحد منهما بقدر ثلث ماله ويسعى في الباقي للورثة وان لم يكن له مال سواهما فان اجازت الورثة عتقا جميعا بغير شي وان لم يجيزوا يعتق من كل واحد منهما بقدر ثلثهما له ويسعى ثلثه مجانا ويسعى في الثلثين للورثة فيجعل كل رقبة على ثلاثة اسهم لحاجتنا الى الثلث فتصير جملة المال وهما العبدان وهما على ستة اسهم فيخرج منها سهام العتق وسهام السعاية سهمان من ستة وللورثة اربعة اسهم واستقام الثلث والثلثان فان مات احدهما قبل السعاية يجعل هو مستوفيا لوصيته متلفا لما عليه من السعاية والتلف يدخل على الورثة وعلى العبد الباقي فيجتمع نصيب الورثة وذلك اربعة اسهم ونصيب العبد الحي وذلك سهم فيكون خمسة فيعتق من العبد الحي خمسه ويسعى في اربعة اخماسه فيجعل للورثة اربعة اسهم

وللحي سهم والميت قد استوفي سهما فحصل للورثة اربعة اسهم وللوصية
سهمان فاستقام الثلث والثلثان ولو كان العبيد ثلاثة ولم يكن
له مال سواهم يعتق من كل واحد ثلثه ويسعى في ثلثي قيمته فيصير كل
عبد على ثلاثة اسهم فتصير العبيد على ستة اسهم ستة اسهم للورثة
وثلاثة اسهم للعبيد فان مات احدهم قبل السعاية صار متلفا لما
عليه من السعاية مستوفيا لوصيته فيجتمع نصيب الورثة وذلك
ستة اسهم ونصيب العبدين سهمان فيكون ثمانية اسهم فيجعل كل عبد
على اربعة اسهم فيعتق من كل واحد ربعه ويسعى في ثلاثة ارباعه
فيحصل للورثة ستة اسهم وللعبدين سهمان والميت استوفي سهما
فاستقام الثلث والثلثان فان مات اثنان يجمع نصيب الورثة
ستة وللحي سهم فيكون سبعة فيعتق من الحي سبعه ويسعى في ستة
اسباع قيمته فيحصل للورثة ستة وللحي سهم والميتان استوفيا سهمان
فحصلت الوصية ثلاثة اسهم والسعاية ستة فاستقام الثلث والثلثان
هذا كله اذا لم يكن على الميت دين فان كان عليه دين مستغرق يسعى
كل واحد في قيمته للغرماء ردا للوصية لان العتق في مرض الموت وصية
ولا وصية الا بعد قضاء الدين فان كان الدين غير مستغرق بان كان
الفا وقيمة كل واحد منهما الف يسعى كل واحد في نصف قيمته ثم
نصف كل واحد منهما وصية فان اجازت الورثة عتق النصف الباقي
من كل واحد وان لم تجز الورثة يعتق من كل واحد ثلث نصف
الباقي مجانا وهو السدس ويسعى في ثلثي النصف ففي الحاصل عتق من
كل واحد سدسه مجانا ويسعى في خمسة اسداسه والله اعلم
ثم المريض اذا اعتق عبده ولا مال له غيره فامر العبد في الحال
في احكام الحرية من الشهادة وغيرها موقوف فان برا تبين
انه صار حرا من حين اعتق وان مات فهو بمنزلة المكاتب في قول
ابي حنيفة رحمه الله لان الاعتاق عنده يتجزى وعندهما هو
حر عليه دين لان الاعتاق لا يتجزى **واما** الذي هو من
التوابع فنحو المالكية والولاية والشهادة والارث فان
هذه ليست من الاحكام الاصلية للاعتاق بل هي من التوابع
والثمرات تثبت في بعض انواعه دون بعض كالاعتاق
المضاف الى الصبي والمجنون وغير ذلك **ومن هذا القبيل**
الاعتاق المضاف الى المجهول **وجملة الكلام** في المعتق المجهول
ان جهالة المعتق اما ان كانت اصلية واما ان كانت طارية
فان كانت اصلية وهي ان تكون الصيغة من الابتدا مضافة

الي

الي احد المذكورين غير عين فيجهل المضاف اليه لمزاحمة صاحبه اياه
في الاسم فصاحبه المزاحم لا يخلوا اما ان يكون محتملا للاعتاق او لا
يكون محتملا له والمحتمل لا يخلوا اما ان يكون ممن ينفذ اعتاقه فيه او ممن
لا ينفذ فان كان محتملا للاعتاق وهو ممن ينفذ اعتاقه نحو ان يقول
لعبديه احدكما حر او يقول هذا حر وهذا او يقول سالم حر او بزيغ
لا ينوي احدهما **فالكلام** في هذا الفصل في موضعين **احدهما**
في بيان كيفية هذا التصرف **والثاني** في بيان الاحكام المتعلقة
به **اما** وقد ذكرنا الاختلاف فيها فيما تقدم **واما** الاحكام المتعلقة به في
الاصل نوعان **نوع** يتعلق به في حال حياة المولى **ونوع** يتعلق
به بعد وفاته **اما الاول** فنقول ولا قوة الا بالله العلي العظيم
ان للمولى ان يستخدمهما قبل الاختيار وهذا يدل على ان العتق
غير نازل في احدهما لانه لا سبيل الى الاستخدام للحر من غير رضاه
وله ان يستغلهما ويستكسبهما ويكون الغلة والكسب للمولى
وهذا ايضا يدل على ما قلنا ولو جني عليهما قبل الاختيار فالجناية
لا تخلوا اما ان كانت من المولى واما ان كانت من الاجنبي ولا
تخلوا اما ان كانت في النفس او على ما دون النفس فان كانت
الجناية من المولى فان كانت على ما دون النفس بان قطع
يد العبدين فلا شي عليه **وهذا** ايضا يدل على عدم نزول
العتق حيث جعلهما في حكم المملوكين قبل الاختيار وسوا قطعهما
معا او على التعاقب لان القطع لا يبطل الخيار ولا يكون
بيانا بخلاف القتل لما نذكر **و**ان كانت جنايته على النفس
بان قتلهما فان قتلهما على التعاقب فالاول عبد والثاني حر
لانه لما اقدم على قتل الاول فقد تعين الثاني للعتق فاذا قتله
فقد قتل حرا فعليه الدية وتكون لورثته لان الدية تصير ميراثا
للورثة ولا يكون للمولى من ذلك شي لانه قاتل والقاتل لا يرث
وان قتلهما معا بضربة واحدة فعليه نصف دية كل واحد منهما
لورثته لان المضمون على المولى **احدهما** وهو الحر منهما وليس احدهما
باولى من الاخر فشاعت حرية واحدة فيهما **وهذا** يؤيد القول
بنزول العتق في غير العين وان كانت الجناية من الاجنبي فان
كانت فيما دون النفس بان قطع انسان يد العبدين فعليه ارش
العبيد وذلك نصف قيمة كل واحد منهما لكن يكون ارشهما للمولى
سوا قطعهما معا او على التعاقب لان القطع لا يبطل خيار المولى
وهذا يوجب القول بوجوب القول بعدم نزول العتق اذ لو نزل

لكان الواجب ارش يد عبد وحر وهو نصف قيمة عبد ونصف دية حره
وان كانت في النفس فالقاتل لا يخلو اما ان كان واحدا واما ان كان
اثنين فان كان واحدا فان قتلهما معا فعلى القاتل قيمة كل واحد منهما
نصف دية هذا ونصف قيمة ذاك ويكون للمولى وعليه نصف
دية كل واحد منهما نصف دية هذا ونصف دية ذاك ويكون
لورثتهما **وهذا** دليل على ان العتق نازل في غير العين اذ لو لم
يكن لكان الواجب بقتلهما وهذا دليل على ان العتق نازل
في غير العين اذ لو لم يكن لكان الواجب بقتلهما معا قيمة عبدين
ومع ذلك لم تجب بل وجب دية حر وقيمة عبد لان احدهما حر
وقد قتل حرا وعبدا والواجب بقتل الحر الديه وبقتل العبد
القيمه والديه للورثه والقيمة للمولى وانما انقسم لان لكل
واحد منهما تجب ديته في حال وقيمته في حال لاحتمال انه حر او
عبد فينقسم ذلك على اعتبار الاحوال كما هو اصل اصحابنا رضي الله
عنهم وان قتلهما على التعاقب يجب على القاتل قيمة الاول للمولى
ودية الثاني للورثه لان قتل الاول يوجب تعين الثاني
للعتق فيتعين الاول للملك فقد قتل حرا وعبدا خطا وان كان
القاتل اثنين فقتل كل واحد منهما رجلا فان وقع قتل كل واحد
منهما معا فعلى كل واحد من القاتلين القيمه نصفها للورثه
ونصفها للورثه للمولى وايجاب القيمتين دون قيمه ودية
على قول من يقول ان العتق غير نازل ظاهر لان كل واحد منهما
قتل عبدا خطا وانه يوجب القيمه **واما** على قول من يقول بنزول
العتق فانما لم تجب الديه لان من تجب عليه الديه منهما مجهول
اذ لا نعلم من الذي تجب عليه منهما فلا يمكن ايجاب الديه مع الشك
والقيمه متيقنة فتجب بخلاف ما اذا كان القاتل واحدا لان هناك
من عليه معلوم لا جهالة فيه انما الجهاله فيمن له **واما** انقسام
القيمتين فلان المستحق لاحد البدلين هو المولى والمستحق للبدل
الاخر هو الوارث وكل واحد منهما يستحق في حال ولا يستحق
في حال فوجوب القيمتين حجة احد القولين وانقسامهما حجة
القول الاخر وان وقع قتل كل منهما على التعاقب فعلى قاتل
الاول القيمة للمولى وعلى قاتل الثاني الدية للورثه لان احدهما
قتل عبدا والاخر قتل حرا لان قتل الاول اوجب تعين الثاني
للحرية والاول للرق ولو كان المملوكان امتين فولدت كل واحدة
منهما ولدا او ولدت احديهما ولدا فاختار المولى عتق احديهما

عتقت

عتقت هي وعتق ولدها سوا كان للاخرى ولدا ولم يكن اما على قول
التخيير فظاهر لان العتق كان نازلا في غير العين منهما والبيان
تعيين لمن وقع عليه العتق فعتقت المعينه وعتق ولدها تبعا لها **واما**
على قول التعليق فلان العتق ان لم ينزل فقد انعقد سببا للنزول
في احديهما فيسري الى ولدها كالاستيلاد والكتابه ولو ماتت
الامتان جميعا معا قبل الاختيار وقد ولدت كل واحدة منهما ولدا
خير المولى فيختار عتق اي الولدين شا لانهما لما ماتتا معا لم يتعين
احديهما للحريه فحدث الولدان على وصف الام فيخير المولى فيهما
كما كان مخيرا في الام فان مات احد الولدين قبل الاخر مع بقا الامتين
لا يلتفت الى ذلك ويتخير المولى لانه لم يتعلق بموته تعين اذ
الحريه انما يتعين فيه بتعينها في امة وحكم الام التعيين في الام
قايم لان تعيينهما ممكن فيخير المولى فايهما اختار عتقها فعتقت
يعتق ولدها ولو قتل الامتين رجل معا خير المولى في الولدين معا
لما قلنا في الموت وايهما اختار عتقه فعتق لا يرث من ارش امه
شيا لانه انما عتق لاختيار العتق فيه وذلك متاخر عن الموت فلا
يرث شيا بل يكون الكل للمولى **وهذا** نص مذهب التعليق لان العتق
لو كان نازلا في احديهما لحدوثهما على وصف الام لكان الاختيار
تعيينا لمن وقع عليه العتق فكان عتقه متقدما على موت الام
فينبغي ان يرث والله اعلم ولو وطيت الامتان بشبهة قبل اختيار
المولى يجب عقر امتين ويكون للمولى كالارش **وهذا** يويد قول التعليق
اذ لو كان التخيير لكان الواجب عقر حرة وامه ولكان نصف ذلك
للامتين والنصف للمولى ولما كان كسبهما له والارش فالعقر اولى
لانهما لا يملكان بدون ملك الاصل وقد يملك الكسب بدون
ملك الاصل كالغاصب فلما كان الكسب له فالارش والعقر اولى
ولو باعهما صفقة واحدة كان البيع فاسدا **اما** على قول التخيير
فظاهر لان العتق اذا نزل في غير العين منهما صار جامعا بين حر
وعبد في البيع من غير بيان حصة كل واحد منهما وانه غير جائز
بالاجماع **واما** على قول التعليق فلان حق الحريه قد ثبت وهو
انعقاد سبب الحريه لاحدهما فيمتنع جواز البيع كما لو جمع بين قن
ومدبر في البيع ولم يبين حصة كل واحد منهما من الثمن ولو انه
باعهما صفقة واحدة وسلمهما الى المشتري فاعتقهما المشتري يقال
للبايع اختر العتق في احديهما وايهما اختار عتقه عتق الاخر على
المشتري لان المشتري لما قبضهما بعقد فاسد فقد ملك احدهما

وبعد اعتاقه فاذا عين البايع احدهما للعتق تعين الاخر لملك الفاسد ٥
حينئذ فيه اعتاق المشتري وانما يدي بتخيير البايع لان التمليك منه حصل
في مجهول فما لم يتعين احدهما للحريه لا يتعين الاخر للملك الفاسد فاذا مات
البايع قبل البيان قامت الورثه مقامه وبقا لهم بينوا فان بينوا
في احدهما عتق الاخر على المشترى ولا يقال ينبغي ان ينقسم العتق
بموت المولى كما اذا مات قبل البيع لان شرط الانقسام ان لا يزول
الملك عن احدهما لاستحاله انقسام الحريه على الحر والملك قد زال عن
احدهما فتعذر الانقسام وبقي الخيار فقام الوارث مقام المورث
فان قيل الخيار عندكم لا يورث فكيف ورثتم هذا الخيار وهذا
منكم تناقض **فالجواب** ان هذا الخيار لا يورث عندنا بل يثبت
للورثة ابتدا لا بطريق الارث لانهم استحقوا قيمة احد العبدين ٥
فكان لهم التعيين كما كان للبايع **وهذا** كما قالوا فيمن باع احد عبديه
على انه بالخيار وقبضهما المشتري فماتا في يده ثم مات البايع ان لورثة
البايع الاختيار ابتدا لا بطريق الارث كذا هذا فان لم يعتق المشتري
حتى مات البايع لم ينقسم العتق فيهما حتى يفسخ القاضي البيع فاذا
فسخه انقسم وعتق من كل واحد منهما نصفه وانما كان كذلك لما ذكرنا
من فوات شرط الانقسام وهو عدم زوال الملك في احدهما والملك
قد زال عن احد العبدين فتعذر التقسيم والتوزيع الا ان البيع
الفاسد واجب الفسخ حقا للشرع رفعا للفساد وفسخه بفعل
القاضي او بتراضي المتعاقدين فاذا فسخ عاد الى ملك البايع وشاع
العتق فيهما وعتق من كل واحد منهما نصفه ولو وهبهما قبل الاختيار
او تصدق بهما او تزوج عليهما يخير فيختار العتق في ايهما شا
ويجوز الهبة والصدقة والامهار في الاخر لان حرية احدهما او حق
الحريه وهو انعقاد سبب الحرية في احدهما على اختلاف الحريتين ٥
الكيفيتين لا يوجب بطلان هذه التصرفات **الا ترى** انه لو جمع في الهبة
او في الصدقة او في النكاح بين حر وعبد يصح في العبد وكذا اذا جمع
بينهما بين مدبر وقن فيصح في القن وهذا لان الجمع بين الحر والعبد في البيع
انما يوجب فساد البيع لانه اذا جمع بينهما فقد جعل قبول البيع في كل
واحد منهما شرطا لصحة قبوله في الاخر وانه شرط فاسد ٥
وهذه التصرفات لا يبطلها الشروط الفاسده **فان قيل** اذا
قبضهما الموهوب له او المتصدق عليه او المراه فقد زال الملك عن
احدهما فكيف يخير المولى **فالجواب** انا لا نقول بزوال الملك عن
احدهما قبل الاختيار فاذا تعين احدهما للعتق باختياره العتق فيه

بزول

بزول الملك عن احدهما وان مات المولى قبل ان يبين العتق في احدهما
بطلت الهبة والصدقة فيهما وبطل امهاره لانه لما مات فقد شاع ٥
العتق فيهما لوجود شرط الشياع فيعتق من كل واحد منهما نصفه
ومعتق البعض لا يحتمل التمليك من الغير ولو اسرهما اهل الحرب ٥
كان للمولى ان يختار عتق احدهما ويكون الاخر لاهل الحرب لان اهل
الحرب لم يملكوها بالاسر لان احدهما حرا وحق الحريه لاحدهما ٥
ثابت وكل ذلك يمنع من التمليك بالاسر ولهذا لا يملكون ٥
المكاتب والمدبر بالاسر كما لا يملكون الحر واذا لم يملكا بالاسر
بقيا على ملك المولى وله خيار العتق فاذا اختار احدهما بقي ٥
الاخر عندنا فيملكه اهل الحرب فان لم يختر المولى حتى مات بطل
ملك اهل الحرب بينهما لانه لما مات المولى شاعت الحريه وعتق
من كل واحد منهما نصفه فتعذر التملك ولو اسر اهل الحرب
احدهما لم يملكوه لان احدهما حرا وثبت له حق الحريه وكل ذلك
يمنع من التملك بخلاف ما اذا باع احدهما لان بيعه اياه اختيار
منه للملك فقد باع ملكه منه باختياره فصح ولو اشترا هما من
اهل الحرب تاجر فللمولى ان يختر عتق ايهما شا ويا خذ الاخر
بحصته من الثمن لان الخيار كان ثابتا للمولى قبل البيع فاذا
باعوه فقد ثبت للمشتري ما كان ثابتا لهم قبل خيار المولى فاذا
اختار عتق احدهما صح ملك اهل الحرب والمشتري منهم في الاخر
فياخذ بحصته من الثمن فان اشترى التاجر احدهما فاختار
المولى عتقه عتق وبطل الشرا لما ذكرنا ان ولاية الاختيار قائمة
للمولى وان اخذه المولى من الذي اشتراه بالثمن عتق الاخر
لان اخذ اياه اعاده له الى قديم ملكه فيتعين الاخر للعتق
كانه اعتقه ولو قال في صحته لعبديه احدكما حر ثم مرض مرض
الموت فاختار عتق احدهما يعتق من جميع المال وان كانت
قيمته اكثر من الثلث بان كانت قيمة احدهما الفا وقيمة الاخر الفين
فعين العتق الذي قيمته الفان وهذا يدل على ان اضافة العتق
الى المجهول ايقاع وتنجيز اذ لو كان تعليقا واقتصر العتق على
حالة المرض ينبغي ان يعتبر من الثلث كما لو انشا العتق في
المرض والله الموفق وللعبدين حق مخاصمة المولى فلهما ان يرفعا
به الى القاضي ويستعديا عليه واذا استعديا عليه اعداهما
القاضي وامره بالبيان اعني اختيار احدهما وجبره عليه بالحبس
لو امتنع **اما** على مذهب التنجيز فلان العتق نازل في احدهما غير عين

وكل واحد منهما يجوز ان يكون هو الحر والحريه حقه اوله فيها حق **واما** على مذهب التعليق فلان الحريه ان لم تثبت في احدهما فقد ثبت حق الحريه اعني انعقاد سبب ثبوت الحريه من غير ثبوت الحريه اصلا وهذا حقه اوله فيه حق والبيان وطريق استيفا هذا الحق فكان كل واحد منهما سبيل من الخصومه والمطالبه بالبيان وانما كان البيان الى المولى لان الاجمال منه فكان البيان اليه كما في بيان المجمل والمشترك في النصوص وكمن اقر بشي مجهول او باع قفيزا من صبرة كان البيان اليه كذا هذا **ثم** البيان انواع ثلاثة نص ودلاله وضروره **اما النص** فنحو ان يقول المولى لاحدهما عينا اياك عنيت او نويت او اردت بذلك اللفظ الذي ذكرت او اخترت ان تكون حرا باللفظ الذي قلت او انت حر بذلك اللفظ او بذلك الاعتاق او اعتقتك بالعتق السابق وغير ذلك من الالفاظ فلو قال انت حر او قال اعتقتك ولم يقل بذلك اللفظ او بالعتق السابق فان اراد به عتقا مستانفا عتقا جميعا هذا بالاعتاق المستانف وذاك باللفظ السابق لان انشا العتق في احدهما قبل الاختيار اختيار العتق في الاخر دلاله لما نذكر وان قال عنيت به الذي لزمني بقولي احدكما يصدق في القضا او يحمل قوله اعتقتك على اختيار ذلك العتق اي اخترت عتقك **واما الدلاله** فهي ان يخرج المولى احدهما عن ملكه بالبيع او بالهبه او بالصدقه او بانشا العتق او برهن احدهما او يواجر او يكاتب او يدبر او يستولد بان كانت امه لان الاصل ان من خير بين امرين ففعل ما يستدل به على اختياره احدهما يجعل ذلك اختيارا منه دلاله ويقوم ذلك مقام النص كانه قال اخترت **والاصل** فيه ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لبريره ان وطيك زوجك فلا خيار لك لما ان تمكينها زوجها من الوطي دليل اختيارها زوجها لا نفسها فصار هذا اصلا في الباب وهذه التصرفات كلها في احدهما دليل اختياره العتق في الاخر لان منها ما ينافي اختياره العتق المبهم في المتصرف فيه وهي التصرفات المزيله للملك **ومنها** ما لا ينافي اختيار العتق المبهم في المتصرف فيه لكن اختيار العتق المبهم فيه يبطله وهو الرهن والاجاره والكتابه والتدبير والاستيلاد والعاقل يقصد صحة تصرفاته وسلامتها عن الانتقاض والبطلان

فكان

فكان اقدامه على كل النوعين من التصرفات في احدهما دليلا على اختياره العتق المبهم في الاخر واختيار العتق المبهم في احدهما عينا شرط نزول العتق فيه بالكلام السابق وهذا التخريج على قول من يقول ان العتق غير نازل في المعين منهما فاما على قول من يقول بنزول العتق في احدهما غير عين فهو ان هذه التصرفات لا صحة لها بدون الملك فالاقدام عليها يكون اختيارا للملك في المتصرف فيه فيتعين الاخر للعتق ضروره من غير اختيار المولى نصا ولا دلاله كما اذا مات احدهما قبل الاختيار وسوا كان المبيع باتا او فيه خيار للبايع او للمشتري **اما** على مذهب التخيير فلانه لا صحة للبيع الا بالملك فكان اقدامه على بيع احدهما اختيارا اياه للملك فيتعين الاخر للعتق ضروره **واما** على مذهب التعليق اما خيار المشتري فلا يمنع زوال المبيع عن ملكه بلا خلاف فينافي اختيار العتق المبهم فيه واما خيار البايع فلان اختيار العتق المبهم يبطل شرط الخيار وسوا كان البيع صحيحا او فاسدا اذا قبض المشتري لانه وقع مزيلا للملك فيتعين الاخر للعتق دلاله او ضروره **واما** اذا لم يقبض فقد ذكر في الاصل اذا باع احدهما بيعا فاسدا او قبضه المشتري عتق الباقي ولم يذكر انه اذا لم يقبض ما ذا حكمه وهكذا ذكر محمد رحمه الله في الاملا اذا وهب احدهما واقبضه او تصدق واقبض عتق الاخر عند ابي حنيفه وابي يوسف وعندنا ولم يذكر حال عدم القبض وذكر الجصاص ان القبض ليس بشرط ويتعين العتق في الاخر سوا قبض المشتري او لم يقبض وهكذا ذكر القدوري وقال فظاهر القول من اصحابنا انه اذا ساوم باحد العبدين وقع العتق في الاخر وهكذا روى ابن سماعه عن ابي يوسف رحمهما الله انه لو اوصى باحدهما وساوم عتق الاخر ومعلوم ان المساومه دون البيع الفاسد فالمساومه لما كان بيانا فالبيع اولى وبه تبين ان ذكر القبض في الاصل ليس على سبيل الشرط بل وقع ذكره اتفاقا واشعارا انه مع القبض من التصرفات المزيله للملك ولو علق عتق احدهما عينا بشرط بان قال ان دخلت الدار فانت حر عتق الاخر **اما** على مذهب التخيير فلان العتق بما سوى الملك وسببه لا يصح الا في الملك فكان الاقدام على تعليق عتقه اختيارا للملك فيه فيتعين الاخر للعتق ضروره كما لو نجز العتق في احدهما **واما** على مذهب التعليق فلان اختيار العتق المبهم فيه يبطل التعليق بالشرط فصار كما لو دبر احدهما **وذكر** ابن سماعه عن محمد رحمه الله انه اذا قال لاحدهما عينا ان دخلت الدار فانت حر ثم قال احدكما حر ثم دخل الدار علق عتقه بدخول الدار حتى عتق الاخر

لان ملك المولي زال عن احدهما بسبب من جهته قصدا كما لو اعتقه ابتدا او باعه
ولو كان المملوكان امتين فوطي المولي احديهما فان علقت منه عتقت الاخرى
بالاجماع لانها صارت ام ولد له وقد ذكرنا ان الاستيلاد يكون معينا للعتق
في الاخري وان لم تعلق لا تعتق الاخري في قول ابي حنيفه رحمه الله وعند
ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يعتق **وروي** بن سماعه عن ابي يوسف رحمه الله
انه قال وكذلك لو قبل احديهما بشهوة او لمس بشهوة او نظر الي فرجها عن
شهوة ولو استخدم احديهما لا تعتق الاخري في قولهم جميعا لان الاستخدام
تصرف لا يختص بالملك اذ قد تستخدم الحره **وجه قولهما** ان الظاهر
من حال العاقل المتدين الاقدام علي الوطي الحلال لا الحرام وحل الوطي
لا يثبت الا باحد نوعي الملك ولم يوجد هنا ملك النكاح فتعين ملك اليمين
للحل واذا تعينت الموطوه للملك تعينت الاخري للعتق ولان الوطي لو لم
يجعل بيانا ومن الجايز ان يقع اختياره علي الموطوه فيتبين انه وطي حره
من غير نكاح سفاح فيجعل الوطي بيانا ضروره التحرج عن الحرام حالا
ومالا حتي لو قال احديكما مدبره ثم وطي احديهما لا يكون بيانا بالاجماع
لان التدبير لا يزيل ملك الاستمتاع فلا حاجه الي التحرز بالبيان ه
ولهذا جعل الوطي بيانا في الطلاق المبهم حتي لو قال لامراتيه احديكما ه
طالق ثم وطي احديهما طلقت الاخري كذا ههنا **وجه قول ابي حنيفه**
رحمه الله ان كون الوطي بيان العتق في غير الموطوه يستدعي نزول
العتق في غير العين ليكون الوطي تعيينا للمعتقه فيهما والعتق بالكلام
السابق غير نازل لما بينا من الدلايل وهكذا نقول في الطلاق المبهم انه
غير واقع في غير المعين منهما بل هو معلق بشرط الاختيار الا ان هناك
جعل الوطي دلالة الاختيار ولم يجعل ههنا لان الوطي في باب النكاح ه
مستحق علي الزوج شرعا لقوله تعالي فامساك بمعروف او تسريح ه
باحسان **قيل في التفسير** ان الامساك بالمعروف هو الوطي والنفقه
واذا كان الوطي مستحقا بالنكاح عند اختيار الامساك فاذا قصد وطي
احديهما صار مختارا لامساكها فيلزمه ايفا المستحق شرعا ضروره
اختيار الامساك فيصير مختارا طلاق الاخري والوطي في الامه غير
مستحق بحال فلا يكون وطي احديهما اختيارا للعتق في الاخري لو صار ه
مختارا للامساك انما يصير ليقع وطيه حلالا تحرجا عن الحرمه ووطيه
اياهما جميعا حلال وباختياره احديهما لا يظهر ان وطي الموطوه كان حراما
لان العتق ثبت حال الاختيار مقصورا عليها **واما** الضروره فنحو
ان يموت احد العبدين قبل الاختيار فيعتق الاخر ضروره من غير
تعيين المولي لا نصا ولا دلالة وهذا يدل علي ان العتق نازل اذ لو

كان

كان نازلا لما تعين الاخر للعتق لان التعيين للضروره وهي ضروره عدم
المحل ولا ضروره لان الميت يصلح محلا للبيان اذ البيان تعيين لمن وقع
لمن وقع عليه العتق بالايجاب السابق وقت وجوده وكان حيا في ذلك
الوقت وكان هذا بخلاف ما اذا باع احد عبديه علي ان المشتري ه
بالخيار ثلاثة ايام فمات احدهما ان ملك المشتري يتعين في الميت منهما
ولا يتعين في الحي لان هناك وجد المسقط للخيار في الميت قبل الموت
وهو حدوث العيب فيه اذ الموت لا يخلوا عن مقدمة مرض عادة ه
بحدوث العيب فيه يبطل خيار المشتري فيه فيتعين للبيع فيتعين
الحي للرد وههنا حدوث العيب في احدهما لا يوجب تعيينه للملك
قبل الموت فيتعين بالموت فيتعين الاخر للعتق ضرورة بخلاف
ما اذا قال احد هذين ابني او احدهما ابن ام ولدي فمات احدهما
لم يتعين الاخر للحريه والاستيلاد **كذا** روي عن بن سماعه عن محمد
رحمهما الله لان قوله احد هذين ابني او احدي هاتين ام ولدي ليس
بانشاء بل هو اخبار عن امر سابق والاخبار يصح في الحي والميت
فيتوقف علي بيانه وقوله احدكما حر او احد هذين حر انشا الحريه في احدهما
والانشا لا يصح الا في الحي فاذا مات احدهما تعين الاخر للحريه وكذا
اذا قتل احدهما سوا قتله المولي او اجنبي لما قلنا غير ان القتل ان
كان من المولي فان اختار المولي عتق المقتول لا يرتفع العتق عن الحي
ولكن يكون اورثة المقتول لان المولي قد اقر بحريته فلا يستحق شيا من قيمته
فان قطعت يد احدهما لا يعتق الاخر سوا كان القطع من المولي او من اجنبي
لان القطع لا يقطع خيار المولي لبقا محل الخيار بخلاف القتل فان قطع
اجنبي يد احدهما ثم بين المولي العتق فان بينه في غير المجني عليه ه
فالارش للمولي بلا شك وان بينه في المجني عليه **ذكر القدوري** في
شرحه ان الارش للمولي ايضا ولا شي للمجني عليه من الارش **وذكر** القاضي
في شرحه مختصر الطحاوي ان الارش يكون للمجني عليه **وهكذا** ذكر
القاضي فيما اذا قطع المولي ثم بين العتق انه ان بينه في المجني عليه
يجب عليه ارش الاحرار ويكون للعبد وعلل بانه اقر علي نفسه بانه
جني علي حر فان بينه في غير المجني عليه فلا شي علي المولي ولم يذكره
القدوري رحمه الله هذا الفصل وانما ذكر فصل الاجنبي وما ذكره
القاضي قياس مذهب السحرلان البيان يكون تعيينا لمن وقع عليه
العتق فيتبين انه كان حرا وقت ورود الجنايه عليه فلا يظهر ان ه
الجنايه صادفت يد حر والله اعلم ولو قال عبدي حر وليس له الا عبد واحد
عتق لانه تعين للايجاب فانصرف اليه فان قال لي عبد اخر لو بينه

لم يصدق في القضا لانه اذا لم يعرف له عبد اخر انصرف الجابه الي هذا العبد ظاهرا فلا يصدق في العدول عن الظاهر الا ببينه تقوم علي ان له عبدا اخر ويصدق فيما بينه وبين الله تعالي لانه نوي ما يحتمله لفظه ولو قال احدي عبيدي حر او قال احد عبيدي حر وليس له الا عبد واحد عتق لان لفظه احد لا يقتضي احاد الا تري ان الله تعالي موصوف بانه احد وقال تعالي قل هو الله احد ولا مثل له ولا شريك ولا احد غيره في الازل وروي بشر عن ابي يوسف فيمن كان له ثلاثة اعبد فقال احد عبيدي حر احد عبيدي حر قال ذلك ثلاثا عتقوا الا ان احدهم عتق باللفظ الاول لانه احد عبيده وعتق اخر باللفظ الثاني لهذا المعني وقد بقي له عبدان فعتق احدهما وعتق الثالث باللفظ الثالث وان لم يبق له الا عبد واحد كما لو قال ابتدا احد عبيدي حر وليس له الا عبد واحد ولو قال احدكم حر احدكم حر احدكم حر لم يعتق الا واحد لان احدهم عتق باللفظ الاول ثم باللفظ الثاني جمع بين حرين وعبدين فقال احدكم حر فلم يصح ذلك ايضا لانه يحمل علي الاخبار وهو صادق بين عبد وحرين فلم يصح ذلك ايضا لانه يحمل علي الاخبار وهو صادق فيما اخبر ولو قال لعبديه انت حر او مدبر يومر بالبيان فان قال عنيت به الحريه عتق وان قال عنيت به التدبير صار مدبرا وهذا ظاهر فان مات قبل البيان والقول في الصحه عتق نصفه بالاعتاق البات ونصفه بالتدبير لشيوع العتقين فيه الا ان نصفه يعتق مجانا من جميع المال لانه يعتق بالاعتاق البات في حالة الصحه ونصفه يعتق من الثلث لانه يعتق بالتدبير والعتق بالتدبير يثبت من طريق الوصيه فيعتبر من الثلث سوا كان التدبير في المرض او في الصحه ان خرج من الثلث عتق كل النصف وان لم يكن له مال غيره عتق ثلث النصف مجانا لان هذا القدر لم يتعلق به حق الورثه ويسعي في ثلثي النصف وهو ثلث الكل ولو كانا عبدين فقال احدكما حر او مدبر يومر بالبيان فان مات قبل البيان ولا مال له غيرهما والقول في الصحه عتق نصف كل واحد منهما للشيوع الا ان الربع من كل واحد منهما يعتق مجانا من جميع المال لحصوله بالاعتاق البات في حالة الصحه والربع يعتق من الثلث لحصوله بالتدبير ويسعي كل واحد منهما في نصف قيمته ولو قال انتما حران او مدبران والمسيلة بحالها عتق نصف كل واحد منهما بالاعتاق البات ونصف كل واحد منهما بالتدبير وهذا كله اذا كان القول في الصحه فان كان في المرض يعتبر ذلك من الثلث ولو كان لرجل ثلاثة اعبد

فقال

فقال هذا حر او هذا وهذا عتق الثالث ويومر بالبيان في الاولين ولو قال هذا حر او هذا وهذا عتق الاول ويومر بالبيان في الاخرين وكذلك هذا في الطلاق ووجه الفرق ان كلمة او في الفصل الاول دخلت بين الاول والثاني فاوجبت حرية احدهما غير عين ثم الثالث عطف علي الحر منهما ايهما كان فصار كانه قال احدهما حر وهذا وفي الفصل الثاني وجب الحريه للاول عينا ثم ادخل كلمة او في الثاني والثالث فاوجبت حرية احدهما غير عين فعتق الاول ويومر بالبيان في الثاني والثالث وهذا خلاف ما اذا قال ان كلمت هذا او هذا وهذا فعبدي حر ان كلم الاول وحده حنث وان كلم الثاني او الثالث وحده لا يحنث ما لم يكلمهما جميعا ولو قال ان كلمت هذا وهذا او هذا فعبدي حر فان كلم الثالث وحده لا يحنث ما لم يكلمهما جميعا لان في الفصل الاول جعل شرط الحنث كلام الاول وحده او كلام الثاني والثالث جميعا لانه جعل الثالث معطوفا علي الثالث بحرف العطف فقد ادخل كلمة او بين الاول وحده وبين الثاني والثالث جميعا واما في الفصل الثاني فقد جعل شرط الحنث كلام الاول والثاني جميعا او كلام الثالث وحده لانه عطف الثاني علي الاول بحرف العطف وادخل كلمة او بين الاول والثاني جميعا والثالث وحده والله اعلم ولو اختلط حر بعبد كرجل له عبد فاختلط بحر ثم كل واحد منهما يقول انا حر والمولي يقول احدكما عبدي كان لكل واحد منهما ان يحلفه بالله ما يعلم انه حر فان حلف لاحدهما ونكل للاخر فالذي نكل له حر دون الاخر وان نكل لهما فهما حران وان حلف لهما فقد اختلط الامر فالقاضي يقضي بالاختلاط ويعتق من كل واحد منهما نصفه بغير شي ونصفه بنصف القيمه وكذلك لو كانوا ثلاثه يعتق من كل واحد منهم ثلثه ويسعي في ثلثي قيمته وكذلك لو كانوا ثلاثه يعتق من كل واحد منهم ثلثه ويسعي في ثلثي قيمته وكذلك لو كانوا عشره فهو علي هذا الاعتبار وهذا كرجل اعتق احد عبيده بعينه ثم نسيه فان بين فهو علي ما بين وان لم يبين وقال لا ادري ايهما حر لا يجبر علي البيان ولكن يعتق من كل واحد منهما نصفه مجانا ونصفه بنصف القيمه كذلك ههنا واما النوع الثاني وهو ما يتعلق به بعد موت المولي فنقول ان المولي اذا قال لعبديه احدكما حر لا ينوي احدهما بعينه ثم مات قبل الاختيار يعتق من كل واحد منهما نصفه لانه وقع الياس عن البيان والاختيار اذ لا يمكنه ذلك بنفسه وهذا الخيار لا يورث حتي

يقوم الوارث فيه مقامه فيشيع العتق فيهما اذ ليس احدهما باولى من الاخر فيعتق من كل واحد منهما نصفه مجانا ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته وفصل الشيوع دليل نزول العتق في احدهما اذ الثابت بالشيوع والموت ليس باعتاق وعلم ان الكلام السابق وقع تخييرا للعتق في احدهما ثم فرق بين هذا الخيار وبين خيار التعيين في باب البيع ان الوارث هناك يقوم مقام المورث في البيان وههنا لا ووجه الفرق انه هناك ملك المشتري احد العبدين مجهولا اذ كل واحد منهما محل للملك واذا مات فالوارث ورث منه عبدا مجهولا فيجري الارث بثبت ولاية التعيين اما ههنا فاحدهما حر واستحق الحريه وذلك يمنع جريان الارث في احدهما فيمتنع ولاية التعيين هذا اذا كان المزاحم له محتملا للعتق وهو ممن ينفذ اعتاقه فاما اذا كان هو ممن لا ينفذ اعتاقه فيه بان جمع بين عبده وعبد غيره فقال احدكما حر لا يعتق عبده الا بالنيه لان قوله احدكما يحتمل كل واحد منهما لان عبد الغير قابل للعتق في نفسه ولهذا يحتمل لنفوذ الاعتاق فيه في الجمله فلا ينصرف الى عبد نفسه الا بالنية وان كان المزاحم ممن لا يحتمل العتق اصلا كما اذا جمع بين عبد وبين بهيمة او حائط او حجر فقال احدكما حر او قال عبدي حر او هذا فان عبده يعتق في قول ابي حنيفة رحمه الله نوى او لم ينو وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يعتق الا بالنيه وكذا اذا جمع بين عبده وبين حر او بين ميت وقد ذكرنا الكلام في هذه الجمله في كتاب الطلاق وعلى هذا اذا جمع بين عبده وبين حر فقال احدكما حر انه لا يعتق عبده الا بالنية لان صيغته صيغة الخبر فيحمل على الاخبار وهو صادق في اخباره مهما في الحمل عليه تصحيح تصرفه وانه اصل عند الامكان فيحمل عليه تصحيحا لتصرفه الا اذا نوى فيحمل على الانشا بقرينة النيه والحر لا يحتمل انشا الحريه فينصرف الى العبد ولو جمع بين عبده ومدبره فقال احدكما حر لا يصير عبده مدبرا الا بالنيه ويحمل على الاخبار كما في الجمع بين الحر والعبد ولو جمع بين عبده ومدبره فقال احدكما حر لا يصير مدبرا الا بالنيه ويحمل على الاخبار كما في الجمع بين الحر والعبد ولو جمع بين عبديه ومدبره فقال اثنان منكم مدبر ان صار احد عبديه مدبرا ويؤمر بالبيان لان قوله اثنان منكم ينصرف احدهما الى المدبر ويكون اخباره عن تدبيره اذ الصيغة للخبر في الوضع وهو صادق في هذا الاخبار والاخر ينصرف الى احد العبدين ويكون انشا للتدبير في احدهما اذ لا يمكن حمله على الخبر لانه يكون كذبا فيحمل على الانشا

كانه قال للمدبر هذا مدبر واحد العبدين مدبر فيؤمر بالبيان كما لو قال ذلك ابتدا العبديه احدكما مدبر فان مات المولى قبل البيان انقسم تدبير رقبه بين العبدين نصفين فيعتق المدبر المعروف من الثلث ويعتق نصف كل واحد من العبدين من الثلث لان التدبير وصيه والوصية تعتبر من الثلث سوا كانت في المرض او في الصحه وهذا كما لو جمع بين عبدين وحر فقال اثنان منكم حران انه ينصرف احدهما الى الاخبار عن حرية احدهم والاخر الى انشا الحريه في احد العبدين لا غير كانه قال ان هذا حر واحد العبدين حر فيؤمر بالبيان فان مات قبل البيان عتق من كل واحد منهما نصفه لشيوع العتق فيهما كذا هذا ولو كان له ثلاثة اعبد دخل عليه اثنان فقال احدكما حر ثم خرج احدهما ودخل الاخر فقال احدكما حر فالكلام في هذه المسئله في الاصل يقع في موضعين احدهما يتعلق بحال الحياه والثاني يتعلق بحال الموت اما الاول فما دام المولى حيا يؤمر بالبيان ثم ان بدا بالبيان للايجاب الاول فان عنى به الخارج بالايجاب الاول وتبين ان الايجاب الثاني بين الثابت والداخل وقع صحيحا لوقوعه بين عبدين فيؤمر بالبيان لهذا الايجاب الاول عتق الثابت بالايجاب الاول وتبين ان الايجاب الثاني وقع لغوا لحصوله بين حر وعبد في جواب ظاهر الروايه وروى عن ابي يوسف رحمه الله انه قال الكلام الثاني ينصرف الى الداخل وهذا غير سديد لان على قوله اذا جمع بين حر وعبد فقال احدكما حر ينصرف ينبغي ان ينصرف الى العبد وليس كذلك بالاجماع وان بدا بالبيان للايجاب الثاني فان عنى به الداخل بالايجاب الثاني وبقي الايجاب الاول بين الخارج والثابت على حاله كما كان فيؤمر بالبيان وان عنى به الثابت عتق الثابت بالايجاب الثاني وعتق الخارج بالايجاب الاول لتعيينه للعتق باعتاق الثابت واما الذي يتعلق بما بعد الموت فههنا حالان حال ما بعد الموت وحال ما بعد موت المولى اما موت العبد فان مات الخارج عتق الثابت بالايجاب الاول والداخل بالايجاب الثاني لان الثابت قد اعيد عليه الايجاب فموته يوجب تعين كل واحد منهما للعتق وان مات الداخل يؤمر المولى بالبيان للايجاب الاول فان عنى به الخارج عتق الخارج بالايجاب الاول وبقي الايجاب الثاني بين الداخل والثابت فيؤمر بالبيان وان عنى به الثابت تبين ان الايجاب الثاني وقع باطلا واما موت المولى قبل البيان فان كان القول منه في الصحه يعتق

من الخارج نصفه ومن الثابت ثلاثة ارباعه بلا خلاف بين اصحابنا **واختلفوا**
في الداخل **قال** ابو حنيفة رحمه الله وابو يوسف يعتق من الداخل نصفه
وقال محمد رحمه الله ربعه **اما** مسئلة الوفاق فلان المولى ان كان عنى
بالايجاب الاول الخارج عتق كله ولم يعتق به الثابت وان كان عنى
به الثابت عتق الثابت كله ولم يعتق به الخارج فكل واحد منهما
يعتق في حال ولا يعتق في حال فيتنصف فيعتق من كل واحد منهما
نصفه بالايجاب الاول **ثم** الثابت بالايجاب الثاني يعتق نصفه
الباقي في حال ولا يعتق في حال فيتنصف ذلك النصف فيعتق ربعه
بالايجاب الثاني وقد عتق نصفه بالايجاب الاول فيعتق ثلاثة
ارباعه **واما** مسئلة الخلاف **فاما** وجه قول محمد رحمه الله فهو ان
الايجاب الثاني يصح في حال ولا يصح في حال لانه ان كان المولى عنى
بالايجاب الاول الخارج يصح الايجاب الثاني لان الثابت يبقى
رقيقا فيقع الايجاب الثاني جميعا بين العبدين فيصح وان كان عنى
به الثابت لا يصح لانه يقع جمعا بين الحر والعبد فيلغو فصح الايجاب
الثاني في حال ولم يصح في حال فلا يثبت الا نصف حريه فتنقسم بين
الثابت والداخل فيصيب كل واحد منهما الربع **وجه قولهما**
ان الايجاب الثاني انما يدور بين الصحة والبطلان اذا نزل العتق
بالايجاب الاول في غير المعين منهما ولم ينزل لما ذكرنا من الدلايل
فيما تقدم فكان الايجاب الثاني صحيحا في الحالين جميعا فلما مات
المولى قبل البيان اصاب الداخل من هذا الايجاب نصف حريه ثم
ان كان عنى به الثابت عتق به النصف الباقي ولا يعتق الداخل
وان كان عنى به الداخل عتق كله ولا يعتق شي من النصف الباقي
من الثابت فكل واحد منهما يثبت في حال ولا يثبت في حال فيتنصف
فيعتق من الثابت ربعه ومن الداخل نصفه **والدليل** على ان ما ذكره
محمد غير سديد ان الايجاب الثاني لو كان تردد بين الصحة وعدم
الصحة لبطل اصلا وراسا لان من جمع بين حر وعبد وقال احدكما حر
يبطل اصلا وراسا ومحمد رحمه الله اعتبر الايجاب الثاني حيث قال
بثبوت نصف حريه بين الثابت والداخل **هذا** اذا كان القول
منه في الصحة فان كان في المرض فان كان له مال اخر يخرجون من
الثلث اولا يخرجون لكن اجازة الورثة فكذلك الجواب وان لم يكن
له مال سوى هولا ولم يجز الورثة يقسم الثلث بينهم على قدر وصيتهم
لان الاعتاق في مرض الموت وصيه والوصية نفاذها من الثلث
فيضرب كل واحد منهم بمقدار وصيته فوصية الخارج نصف الرقبة

ووصية الثابت ثلاثة ارباع الرقبة ووصية الداخل نصف الرقبة على
اصلهما فيجعل كل رقبة على اربعة اسهم لحاجتنا الى ثلاثة الارباع
فالخارج يضرب بنصف الرقبة وذلك سهمان والثابت يضرب بثلاثة
ارباع الرقبة وذلك ثلاثة اسهم والداخل يضرب بنصف الرقبة
وذلك ثلاثة اسهم فيجعل ثلث المال مبلغ الوصايا وذلك سبعة اسهم
فيكون ثلثا المال اربعة عشر سهما ضرورة فيكون جميع المال احد
وعشرون فصار كل عبد سبعة اسهم لان ماله ثلاثة اعبد وقد صار
ماله كله على احد وعشرين سهما فيخرج منه سهام العتق وسهام
السعاية فالخارج يعتق منه سهمان من سبعة ويسعى في خمسة اسهم
والثابت يعتق منه ثلاثة اسهم من سبعة ويسعى في خمسة اسهم كالخارج
واذا صار سهام الوصايا سبعة تصير سهام الورثة اربعة عشر
ضرورة فاستقام الثلث والثلثان **وهذا** التخريج على قولهما **واما**
على قول محمد رحمه الله فالخارج يضرب بسهمين والثابت بثلاثة
والداخل بسهم فذلك ستة اسهم فيكون ثلثاه مثليه وذلك اثنا عشر
فيصير جميع المال ثمانية عشر فصار كل عبد ستة اسهم يخرج منه سهام
العتق وسهام السعاية فيعتق من الخارج سهمان ويسعى في اربعة
اسهم ويعتق من الثابت ثلاثة اسهم ويسعى في ثلاثة ويعتق من الداخل
سهم واحد ويسعى في خمسة اسهم فصار للورثة اثنى عشر ولاصحاب
الوصايا ستة فاستقام الثلث والثلثان والله الموفق
واما الجهالة الطارية بان اضاف صيغة الاعتاق الى احدهما
بعينه ثم نسيه **فالكلام** في هذا الفصل في موضعين **احدهما** في
كيفية هذا التصرف **والثاني** في الاحكام المتعلقة به **اما الاول**
فلا خلاف في ان احدهما حر قبل البيان لان الصيغة اضيفت الى معين
والمعين محل لنزول العتق فيه فكان البيان في هذا النوع اظهارا
وتعيينا لمن نزل فيه العتق **واما الثاني** فالاحكام المتعلقة به
ضربان ايضا ضرب يتعلق به في حال حياة المولى وضرب يتعلق
به بعد موته **اما الاول فنقول** وبالله التوفيق اذا اعتق احدى
جاريتيه بعينها ثم نسيها او اعتق احدى جواريه العشر بعينها
ثم نسي المعتقة فانه يمنع عن وطيهن واستخدامهن لان واحدة
منهن حرة بيقين وكل واحدة يحتمل ان تكون هي الحرة ووطي الحرة
من غير نكاح حرام فلو قرب واحدة منهن ربما يقرب الحرة فيمنع من
ذلك صيانة له عن الحرام **والاصل** في هذا الباب **ما روينا**
من حديث وابصة بن معبد رضي الله عنه وما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم

انه قال ان لكل ملك حمي وان حمي الله محارمه فمن حام حول الحمي يوشك ان يقع فيه
ولا يجوز ان يطا واحدة منهن بالتحري لما ذكرنا في كتاب الطلاق فلو انه وطي
واحدة منهن فحكمه يذكر بعد هذا **والحيلة** في ان يباح له وطيهن ان يعقد
عليهن عقد النكاح فتحل له الحرة منهن بالنكاح والرقيقة بملك اليمين ولو
خاصم العبدان المولي الي القاضي وطلبا منه البيان امره القاضي
بالبيان ولو امتنع حبسه ليبين كذا ذكر الكرخي لان احدهما حر بيقين
والحرية حقه او له فيها حق ولكل صاحب حق ان يطلب حقه واذا امتنع من
الايفا يجبر عليه ولو ادعي كل واحد منهما انه هو الحر ولا بينة له وجحد
المولي وطلبا يمينه استحلفه القاضي لكل واحد بالله ما اعتقه لان
الاستحلاف لفائدة النكول والنكول بذل او اقرار والعتق يحتمل كل
ذلك ثم ان نكل لهما عتقا لانه بذل لهما الحرية او اقر لهما وان حلف
لهما يومر بالبيان لان احدهما حر بيقين وحريته لا ترتفع باليمين وما
ذكرنا من رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله في الطلاق يكون ذلك رواية
في العتاق وهو انهما اذا استحلفا فحلف المولي للاول يعتق الذي
لم يحلف له لانه لما حلف للاول والله ما اعتقه فقد اقر برقه فيتعين
الاخر للحرية كما اذا قال ابتدا لاحدهما عينا هذا عبد وان لم يحلف له
عتق هو لانه بذل له الحرية او اقر وان تشاحا في اليمين حلفه لهما جميعا
بالله ما اعتق واحدا منهما فان حلف لهما وكانا امتين يحجب عنهما حتي
يبين لما ذكرنا ان حرية احديهما لا ترتفع بالحلف وذكر القاضي في شرح
مختصر الطحاوي ان المولي لا يجبر علي البيان في الجهالة الطارية اذا لم
يتذكر لما فيه من استرقاق الحر بيقين لان احدهما حر بيقين بخلاف الجهالة
الاصلية لان ثمة الحرية غير نازلة في المحل في اصح القولين فلم يكن له
في البيان استرقاق الحر ثم البيان في هذه الجهالة نوعان نص ودلالة
اما النص فهو ان يقول المولي لاحدهما عينا هذا الذي كنت اعتقته
ونسيت **واما الدلالة** او الضرورة **فهي** ان يفعل او يقول ما يدل
علي البيان نحو ان يتصرف في احدهما تصرفا لا صحة له بدون الملك
من البيع والهبة والصدقة والوصية والاعتاق والاجارة والرهن
والكتابة والتدبير والاستيلاد اذا كانتا جاريتين لان هذه
التصرفات لا صحة لها الا في الملك فكان اقدامه دليل اختيار الملك
في المتصرف فيه وتعيين الاخر للعتق وكذا اذا كانتا امتين فوطي احديهما
عتقت الاخري بلا خلاف لان احديهما حرة بيقين فكان وطي احديهما
تعيينا لها للرق وتعيين الاخري للعتق ضرورة انتفا المزاحم بخلاف
الجهالة الاصلية علي اصل ابي حنيفة رحمه الله لان العتق غير نازل في احديهما

فكانت كل واحدة منهما حلالا للوطي وان كن عشرا فوطي احديهن تعينت الموطوة
للرق حملا لامره علي الصلاح وتعينت الباقيات لكون المعتقة فيهن دلالة
او ضرورة فيتعين بالبيان نصا او دلالة وكذا لو وطي الثانية والثالثة
الي التاسعة فيتعين الباقية وهي العاشرة للعتق لان فعله يحمل علي
الجواز ولا جواز له الا في الملك فكان الاقدام علي وطيهن تعيينا لهن
في الرق والباقية للعتق او تتعين الباقية ضرورة والاحسن ان لا يطا
واحدة منهن لاحتمال ان تكون الموطوة هي الحرة فلو انه وطي فحكمه ما ذكرنا
ولو ماتت واحدة منهن قبل البيان فالاحسن ان لا يطا الباقيات
قبل البيان لاحتمال ان تكون المعتقة فيهن فلو انه وطيهن قبل البيان
جاز لان فعل المسلم العدل محمول علي الجواز ما امكن وامكن ههنا
بان يحمل علي انه قد يذكر ان المعتقة منهن هي الميتة لان البيان
في هذا النوع من الجهالة اظهار وتعيين لمن نزلت فيه الحرية من
الاصل فلم تكن الحياة شرط المحلية البيان وكان اقدامه علي وطيهن
تعيينا للميتة للعتق والباقيات للرق دلالة او تتعين الباقيات
للرق ضرورة بخلاف الجهالة الاصلية اذا ماتت واحدة منهن
لان الميتة لا تتعين للحرية لان الحرية هناك غير نازلة في احديهن
وانما تنزل عند وجود الشرط وهو الاختيار مقصورا عليه والمحل
ليس بقابل للحرية وقت الاختيار وهو الفرق ولو كانتا اثنتين فماتت
واحدة منهما لا تتعين الباقية للعتق لان الميتة لا تتعين للملك لانعدام
دليل يوجب التعيين لتتعين الاخري للعتق ضرورة فوقف تعينها
للعتق علي البيان نصا او دلالة اذ الميتة لم تخرج عن كونها محلا
للبيان اذ البيان في هذا النوع اظهار وتعيين بخلاف النوع الاول
في اصح القولين ولو قال المولي هذا مملوك واشار الي احدهما
تعين الاخر للعتق دلالة او ضرورة ولو باعهما جميعا صفقة
واحدة كان البيع فاسدا لانه باع حرا وعبدا صفقة واحدة
ولم يبين كل واحد منهما من الثمن وكذا لو كانوا عشرة فباعهم
صفقة واحدة يفسخ البيع في الكل ولو باعهم الكل علي الانفراد
جاز البيع في التسع ويتعين العاشر للعتق كذا ذكر الكرخي
لان بيع كل واحد منهم اختيار اياه للرق ويتعين الباقي دلالة
او يتعين ضرورة عدم المزاحم كما في الوطي عشرة نفذ لكل واحد
منهم ان يطا جاريته وان يتصرف فيما تصرف الملاك لان الجهالة
تمكنت من الجانبين المعتق والمعتق فوقع الشك في الطرفين
فلا يزال اليقين بالشك بخلاف ما اذا كانت الجواري لواحد

فاعتق واحدة منهن ثم نسيها انه يمنع عن وطي الكل لان الجهالة هناك
لم تقع الا في احد الجانبين ام يقع الشك الا في احد الجانبين اذ المعتقة
على يقين من حرية احديهن وكل واحدة يحتمل ان يكون هي الحرة فيمنع
من وطيهن ولو دخل الكل في ملك احدهم صار كان الكل كن في ملكه
فاعتق واحدة منهن ثم جهلها **واما الثاني** فهو ان المولى اذا مات
قبل البيان يعتق من كل واحد منهما نصفه مجانا بغير شي ونصفه
بالقيمة فيسعى كل واحد منهما في نصف قيمته للورثة لما ذكرنا في الجهالة
الاصلية والله اعلم **فصل واما** بيان ما يظهر به حكمه
فالمظهر لحكمه شيئان **احدهما** الاقرار **والثاني** البينة **اما الاول**
فلا شك ان اقرار المولى باعتاق عبده يظهر به العتق لانه
الظاهر ان الانسان لا يقر على نفسه كاذبا فيصدق في
اقراره على نفسه ولو اقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه عتق عليه
لان اقراره على نفسه مقبول ولا يقبل على غيره لكونه شهادة على
الغير وشهادة الفرد غير مقبوله فاذا اشتراه فقد زال المانع
من تنفيذه في حقه فيعتق **والبينة** فجملة الكلام فيها انه لا خلاف
في انها تقبل على عتق المملوك اذا ادعى المملوك العتق وانكر المولى
سوا كان المملوك عبدا او جارية فاما اذا لم يدع وانكر العتق
والمولى منكر فهل تقبل الشهادة على عتقه من غير دعواه فان كان
المملوك جارية يقبل بالاجماع **و**ان كان عبدا لا يقبل في قول
ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما تقبل **من** اصحابنا
من بنى المسئلة على ان عتق العبد حق العبد عند ابي حنيفة رحمه الله
والشهادة على حقوق العبد لا تقبل من غير دعاويهم كالاموال
وساير حقوق العباد وعندهما هي حق الله تعالى والشهادة على
حقوق الله تعالى مقبوله من غير دعوى احد كالشهادة على اعتاق
الانسان امته وتطليقه امراته والشهادة على اسباب الحدود
الخالصة لله تعالى من الزنا والشرب والسكر الا السرقة
فانه شرط فيها الدعوى لتحقق السبب اذ لا يظهر كون الفعل
سرقة شرعا بدون الدعوى لما نذكر في كتاب السرقة
ان شا الله تعالى **فنتكلم** في المسئلة ثنا وابتدا **اما** البناء
فوجه قولهما ان في الاعتاق تحريم الاسترقاق وحرمة الاسترقاق
حق الله تعالى **قال** النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثة انا خصمهم
ومن كنت خصمه خصمته يوم القيامة وذكر من جملتها رجل باع حرا
واكل ثمنه وكذا يتعلق به اهلية وجوب حقوق الله تعالى من الكفارات

والزكوات والجمع والجماعات فثبت ان العتق حق الله تعالى فلا
يشترط فيه الدعوى لقبول الشهادة القائمة عليه كما في عتق الامة
وطلاق المراة وكما في الحدود الخالصة وكذا الاحكام تدل على
ان الدعوى ليست بشرط فان الشهادة على حرية الاصل للعبد
تقبل من غير دعواه وكذا الشهادة على نسب الصبي الصغير
من رجل وامكن الرجل وكذا الشهادة على المولى باستيلاد جاريته
وهما منكران وكذا التناقض في العتق لا يمنع صحة الدعوى بان
قال عبد لانسان اشترني فاني عبد فلان فاشتراه ثم ادعى
العبد حرية الاصل تسمع دعواه ولو كانت الدعوى فيه شرطا
لكان التناقض مانعا من صحة الدعوى كما في ساير الدعاوي
وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان الاعتاق اثبات العتق والعتق
في عرف اللغة والشرع اسم للقوة حكمية تثبت للعبد يندفع بها
يد الاستيلا والتملك عنه والقوة حقه اذ هو المنتفع بها مقصودا
الا ترى انه هو الذي يتضرر بانتفائها مقصودا بالاسترقاق وكذا
التحرير اثبات الحرية والحرية في متعارف الشرع واللغة تنبى عن
خلوص نفس العبد له عن الرق والملك وذلك حقه لانه المنتفع
به دون غيره مقصودا وحق الانسان ما ينتفع هو به دون
غيره مقصودا واذا ثبت ان العتق حق العبد فالشهادة القائمة
على عتق العبد لا تقبل من غير دعواه كساير الشهادات القائمة
على ساير حقوق العباد والجامع بينهما من وجهين **احدهما** ان
المشهود به اذا كان حقا للعبد كان العبد مشهودا له فاذا انكر
فقد كذب شهوده والمشهود له اذا كذب شهوده لا تقبل شهادتهم
له **والثاني** ان انكار المشهود له حقه مع حاجته الى استيفا حقه
لينتفع به يوجب تهمة في الشهادة لان المشهود به لو كان
ثابتا لما بادر الى الدعوى والشهادة ملتهم واما قوله في الاعتاق
تحريم الاسترقاق **فنقول** الاعتاق لا ينبى عن ذلك وانما
ينبى عن اثبات القوه والخلوص على ما بينا وذلك حقه وهذا
لا يدل على ان حرمة الاسترقاق حق الله تعالى **الا ترى** ان ساير
الحقوق الثابته للعباد يحرم ابطالها ولا يدل على ان حرمة
ابطالها حق الله تعالى على انا ان سلمنا ان في العتق حق الله تعالى
فالمقصود حاصل لانه من حيث انه حق الله تعالى تقبل الشهادة
عليه من غير دعوى العبد ومن حيث انه حق العبد لا تقبل
فدارت الشهادة بين القبول وعدم القبول فلا تقبل مع الشك

ولهذا لم تقبل الشهادة على القذف من غير دعوى المقذوف وان كان حد القذف
حق الله من وجه وحق العبد من وجه كذا ههنا **واما الاحكام** فاما عتق
الامة فنقول هكذا انقول ان تلك الشهادة لا تقبل على العتق من حيث ذات
العتق لما قلنا في العبد وانما تقبل من حيث ان عتق الامة حق الله على الخلوص من
حيث انه سبب لتحريم الفرج ووسيلة اليه والشيء من حيث التسبب والتوسل
غيره من حيث الذات غيره كما قلنا في كفر المحارب انه يوجب القتل من حيث
انه سبب للحراب لا من حيث ذاته بل ذات الكفر غير موجب لانها غير ان
كذا ههنا **الا ترى** انه ينفصل احدهما عن الاخر فان العتق قد لا يكون
وسيلة الى تحريم الفرج وهو عتق العبد ثم متى قبلت على العتق من حيث انه
سبب حرمة الفرج تقبل من حيث ذات العتق وكذا في طلاق المراة من
غير دعواها وليس للعتق في محل النزاع سببه تحريم الفرج فلو قبل
القبل على ذات العتق ولا وجه اليه لما بينا **فان قيل** ما ذكرتم من
العذر عن فصل الامة والطلاق لا يصح لان الشهادة على عتق الامة
المجوسية والاخت من الرضاعة مقبولة من غير دعوى وهذه الشهادة
لا تتضمن حرمة الفرج لان الحرمة كانت ثابتة قبل ذلك وكذا الشهادة
على الطلاق الرجعي والطلاق المضاف الى الملك فتقبل من غير دعوى ولا
تتضمن هذه الشهادة تحريم الفرج **فالجواب** ان من اصحابنا
من منع المسئلتين الاولتين فقالوا لا تقبل الشهادة فيهما من غير دعوى
لانها لا تتضمن تحريم الفرج ومنهم من سلم مسئلة المجوسية ومنع مسئلة
الاخت من الرضاعة وفرق بينهما من حيث ان وطي الامة المجوسية مملوك
للمولى وانما منع من الاستيفاء لخبثها كما يمنع من الوطي حالة الحيض
ولهذا لو وطئها لا يسقط احصانه وبعد العتق لو وطئها يسقط احصانه
فالشهادة على عتقها تضمنت تحريم الفرج فقبلت من غير دعوى **واما**
الاخت من الرضاعة فحرام الوطي حقيقة حتى لو وطئها يسقط احصانه
مع قيام ملك اليمين والمعتبر في الباب تحريم الفرج لا الاولية
الشهادة على حرية الاصل على هذا الاختلاف والشهادة على النسب
فلا تقبل من غير دعوى وفيما ذكر من المسئلة وهي ما اذا كان
صغيرا فلا تقبل عند ابي حنيفة ما لم ينصب القاضي خصما عن الصغير
ليدعي النسب له بطريق النيابة شرعا نظرا للصغير العاجز عن احياء
حقه بنفسه والقاضي نصب ناظرا للمسلمين وكان ذلك شهادة على خصم
واما الاستيلاد فهو سبب لتحريم الفرج والدواعي في الجملة لانه يوجب
حقيقة الحرية عند الموت والحرمة لازمة للحرية حتى لا يباح لها مس المولى
وغسله بسبب الحرية فكان الاستيلاد في الحال سببا لثبوت الحرية

فكان

فكان سببا لحق الله تعالى في الحال فيقام السبب مقام الحقيقة في التحريم
احتياطا وهو الجواب عن الطلاق الرجعي والطلاق المضاف ان الحرمة ثمه تثبت
في الجملة ايضا عند وجود زوال الحل فيعتبر السبب قائما مقام المسبب في حق
الحرمة احتياطا **واما** الابتداء فوجه قولهما ان عدالة الشاهد دلالة
صدقه في شهادته من حيث الظاهر فيثبت المشهود به ظاهرا والقاضي مكلف بالقضاء
بالظاهر فكان ينبغي ان لا يشترط الدعوى لقبول الشهادة اصلا ولهذا لم
يشترط في عتق الامة وطلاق المراة واسباب الحدود الا انا عرفنا اشتراطها
فيما ورا العتق من حقوق العباد بالاجماع فيقتصر على مورد الاجماع
وجه قول ابي حنيفه رحمه الله ان خبر من ليس بمعصوم عن الكذب
محتمل الكذب ولا يفيد العلم للقاضي بالمشهود به والاصل ان لا يجوز القضاء
بما لا علم للقاضي به وبما ليس بثابت قطعا لقوله تعالى ولا تقف ما ليس لك
به علم وانه للثابت قطعا **وقوله تعالى** يا داود انا جعلناك خليفة في
الارض فاحكم بين الناس بالحق والحق اسم للكائن الثابت ولا ثبوت مع
احتمال العدم فكان ينبغي ان لا يجوز القضاء به اصلا الا ان الشرع جا
بالجواز لحاجة العباد الى دفع الفساد وهو المنازعة القائمة بينهما
بالدعوى والمنازعة بسبب الفساد او لدفع فساد الزنا في حد
الزنا في عتق الامة وطلاق المراة او لدفع فساد السكر في حد
الشرب والسكر فالتحق المحتمل بالمتيقن واكتفى بظاهر الصدق مع
الاحتمال دفعا للفساد فبقي الحكم فيما ورا ذلك على الاصل **وعلى
هذا** شاهدان شهدا على رجل انه اعتق احد عبديه والعبدان يدعيان
العتق او يدعيه احدهما شهدا في حال حياة المولى وصحته لا تقبل شهادتهما
في قول ابي حنيفه رحمه الله **وعندهما** تقبل لان الدعوى شرط قبول الشهادة
على عتق العبد عنده والمدعي مجهول فجهالة المدعي منعت صحة الدعوى
فامتنع قبول الشهادة على عتق العبد عنده **وعندهما** الدعوى
ليست بشرط فجهالة المدعي لا تكون اقل من عدم الدعوى فلا يمنع قبول
الشهادة فتقبل الشهادة ويجبر على البيان وان شهدا بعد وفاته على
انه اعتق احدهما في حال صحته فهو على هذا الخلاف وان شهدا على ذلك
وهو مريض فمات او شهدا بعد موته على انه قال ذلك في المرض لا تقبل
في قياس قول ابي حنيفه وفي الاستحسان تقبل ولا خلاف في انهما اذا
شهدا على انه طلق احدى امراتيه تقبل ويجبر فيختار طلاق احدهما
وجه قول ابي حنيفه ما ذكرنا ان الدعوى شرط والمدعي مجهول
وجه الاستحسان ان المدعي ههنا معلوم لان الاعتاق في مرض
الموت وصية والخصم في تنفيذ الوصية هو الموصي وكان الميت مشهودا له

لوقوع الشهادة له فكان المدعي معلوما فجازت الشهادة بخلاف حال الصحة
فان الشهادة هناك وقعت لاحد العبدين فكان المشهود له مجهولا فلم
تجز الشهادة ولان المولى لما مات فقد شاع العتق فيهما جميعا فصار كل
واحد منهما خصما في حق نفسه متعينا فتقبل الشهادة بخلاف حال الحياة
والصحة وكذلك جواب ابي حنيفة رحمه الله في هذه المسئلة في الامتين
ان شهدا انه اعتق احدى امتيه انه لا تقبل لان انعدام اشتراطه
الدعوى لقبول الشهادة على عتق الامة لكونه سببا لحرمة الفرج وهي
حق الله تعالى ولا تثبت حرمة الفرج بالعتق المبهم عند ابي حنيفة
رحمه الله فكان الجواب في العبدين والامتين ههنا عنده على السوا
بخلاف ما اذا شهدا على انه طلق احدى امراتيه انها تقبل لانها قامت على
سبب حرمة الفرج والدعوى فيها ليست بشرط ولو شهدا ان احد هذين
الرجلين اعتق عبده فلانا لم تجز شهادتهما لان المدعي عليه مجهول
ولو شهدا على انه اعتق عبدا له وسماه فنسيا ان الشهادة باطلة
لان الشاهد اذا نسي ما تحمل لا تقبل شهادته ولو شهدا انه اعتق
عبده سالما ولا يعرفان سالما وله عبد اسمه سالم ليس له غيره تقبل
شهادتهما ولو شهدا به في البيع لا تقبل **ووجه الفرق** ان البيع لا
يحتمل الجهالة اصلا والعتق يحتمل ضربا من الجهالة **الا ترى** انه لا يجوز
بيع احد العبدين ويجوز اعتاق احد العبدين ولو اختلف الشاهدان
في الشرط الذي علق به العتق لم تجز شهادتهما لانهما شهدا بعقدين
كل عقد لا يثبت الا بشهادة شاهدين ولم يوجد **والاصل فيه** انه
اذا اختلفت شهادة الشاهدين فان كان ذلك في دعوى العقد لا
تقبل اصلا وان كان في دعوى المال ففيه تفصيل ووفاق واختلاف
نذكر ذلك بتوفيق الله في كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى

كتاب التدبير

قال رحمه الله الكلام في هذا الكتاب يقع فيما ذكرنا في كتاب العتق **وهو**
بيان ركن التدبير **وبيان** شرائط الركن **وبيان** صفة التدبير **وبيان**
حكم التدبير ووقت ثبوت حكمه **وبيان** ما يظهر به التدبير **فصل**
اما الاول فركن التدبير هو اللفظ الدال على معنى التدبير لغة
وهو اثبات العتق عن دبر **ثم** اثبات العتق عن دبر نوعان مطلق
ومقيد **اما** المطلق **فهو** ان يعلق الرجل عتق عبده بموته مطلقا
وله الفاظ قد تكون بصريح اللفظ **مثل** ان يقول انت مدبر او قد دبرتك
وقد يكون بلفظ التحرير والاعتاق نحو ان يقول انت حر بعد موتي او

حرّيتك

حررتك بعد موتي او انت معتق او عتيق بعد موتي او اعتقتك بعد
موتي وكذا اذا قال انت حر عند موتي او مع موتي هو بمنزلة قوله بعد
موتي لان عند كلمة حضرة فعند الموت تستدعي وجود الموت فيكون في
موته بمعنى الشرط ومع للمقارنة ومقارنة الشيئين تقتضي وجودهما
وفي للظرف فاذا دخل على ما لا يصلح ظرفا يجعل شرطا كما اذا قال
لعبده انت حر في دخولك الدار وقد يكون بلفظ اليمين بان يقول ان
مت فانت حر او يقول اذا مت او متى مت او ان حدث في حدث او اذا
حدث في حدث او متى حدث لانه علق العتق بالموت مطلقا وكذا
اذا ذكر في هذه الالفاظ مكان الموت الوفاة او الهلاك ولو قال ان
مات فلان فانت حر لم يكن مدبرا لانه لم يوجد تعليق عتق عبده بموته
فلم يكن هذا تدبيرا بل كان تعليقا بشرط مطلق كالتعليق بسائر
الشروط من دخول الدار وكلام زيد وغير ذلك وقال ابو يوسف
رحمه الله لو قال انت حر ان مت او قتلت فليس بمدبر وقال زفر
رحمه الله هو مدبر لانه علق عتقه بالموت وانه كائن لا محالة
وجه قول ابي يوسف انه علق باحد امرين فلا يصير مدبرا كما
لو قال ان مت او مات زيد ولو قال ان مت وفلان فانت حر او
قال انت حر بعد موتي وموت فلان او قال بعد موت فلان وموتي
لم يكن مدبرا الا ان يموت فلان قبله فيصير حينئذ مدبرا وانما لا
يصير مدبرا للحال لانه يحتمل ان يموت المولى اولا فلا يعتق لانه علق
العتق بشرطين بموته وموت فلان فلا يعتق بموته وحده ويصير
العبد ميراثا فبعد ذلك وان مات فلان ووجد الشرط الاخر
فانما وجد بعد ما انتقل الملك الى الورثة ويحتمل ان يموت فلان
فيصير مدبرا ويعتق بموت المولى فكان هذا كالتدبير المقيد
ثم ينظر ان مات المولى اولا فقد صار ميراثا للورثة لما بيناه
وان مات فلان اولا صار مدبرا ولان التدبير صار مطلقا وصار
العبد بحاله يعتق بموته ثم استشهد في الاصل فقال **الا ترى**
انه لو قال انت حر بعد كلامك فلانا او بعد موتي فكلم فلانا كان
مدبرا لان التدبير صار مطلقا وصار العبد بحاله يعتق وكذلك
قوله ان كلمت فلانا فانت حر بعد موتي فكلمه صار مدبرا لانه بعد
الكلام صار التدبير مطلقا فكذا هذا وقد يكون بلفظ الوصية وهو
ان يوصي لعبده بنفسه او برقبته او بعتقه او بوصية تستحق من
جملتها رقبته او بعضها نحو ان يقول له اوصيتك بنفسك او برقبتك
او بعتقك او كل ما يعبر به عن جملة البدن لان الموصي يزيل ملكه

بالوصية ثم ان كان الموصى له ممن يحتمل الملك لا الى احد وهذا يزول
الملك اليه والا فيزول لا الى احد والحر لا يحتمل أن يملك نفسه لما
فيه من الاستحالة فكانت الوصية له بنفسه ازالة الملك لا الى احد
وهذا معنى الاعتاق لهذا الطريق حتى تصح بيع نفس العبد وهبتها
له اعتاقا كذا هذا فيصير في معنى قوله انت حر بعد موتي وكذا لو قال
له ان اوصيت لك بثلث مالي لان رقبته من جملة ماله فصار موصا له
بثلثها ولان هذا ازالة الملك من الثلث لا الى احد فيكون اعتاقا
وروى بشر عن ابي يوسف رحمهما الله فيمن اوصى لعبده بسهم من ماله
انه يعتق بعد موته ولو اوصى له بجزو من ماله لم يعتق **ووجه الفرق**
ان السهم عبارة عن السدس فاذا اوصى له بسدس ماله فقد دخل
سدس رقبته في الوصيه **فاما** اسم الجزو فلا يتضمن الوصية بالرقبة
لا محاله فكان الخيار فيه الى الورثة فلهم تعيين فيما شاوا والله اعلم
واما المقيد فهو ان يعلق عتق عبده بموته موصوفا بصفة او بموته
وشرط اخر نحو ان يقول ان مت من مرضي هذا او في سفري هذا فانت
حر او يقول ان قتلت فانت حر او ان غرقت فانت حر او حدث في حدث
من مرضي هذا او من سفري هذا فانت حر ونحو ذلك مما يحتمل ان يكون
موته على تلك الصفه ويحتمل ان لا يكون وكذا اذا ذكر مع موته شرطا
اخر يحتمل الوجود والعدم فهو مدبر مقيد وحكمه يذكر في موضعه
ان شا الله تعالى **وروى** الحسن عن ابي حنيفه رحمه الله انه قال
اذا مت ودفنت او غسلت او كفنت فانت حر فليس بمدبر يريد فيه في
حق الاحكام المتعلقه بالتدبير في حال حياة المدبر لانه علق العتق
بالموت وبمعنى اخر فلم يكن مدبرا مطلقا فان مات وهو في ملكه
استحسنت ان يعتق من الثلث **والقياس** ان لا يعتق كما لو قال
اذا مت فدخلت الدار فانت حر فمات المولى فدخل العبد الدار
انه لا يعتق كذا هذا لكنه استحسن وقال يعتق من الثلث لانه
علق العتق بالموت وبما هو من علايقه فصار كما لو علقه بموت
بصفة وكان حكمه حكم المدبر المقيد بخلاف قوله اذا مت فدخلت
الدار لان دخول الدار لا تعلق له بالموت فلم يكن تعليقا بالموت
بصفة فلم يكن تدبيرا اصلا بل كان يمينا مطلقا فيبطل بالموت
كسائر الايمان **ثم** التدبير قد يكون مطلقا وقد يكون معلقا
بشرط **اما** المطلق فما ذكرنا **واما المعلق** فنحو ان يقول ان
دخلت الدار او ان كلمت فلانا او اذا قدم زيد فانت مدبر لان
اثبات حق الحريه في حقيقة الحريه يحتمل التعليق بالشرط فكذا

حق

حق الحريه وذكر محمد في الاصل اذا قال انت حر بعد موتي ان شيت فان
نوى بقوله ان شيت الساعه فشا العبد في ساعته تلك صار مدبرا
لانه علق التدبير بشرط وهو المشيئة وقد وجد الشرط فيصير مدبرا
كما اذا قال ان دخلت الدار فانت مدبر وان عنى به مشيئته بعد الموت
فليس للعبد مشيئة حتى يموت المولى لانه علق العتق بشرط يوجد بعد
الموت فاذا وجد قبله لا يعتبر فان مات المولى فشا عند موته
فهو حر من ثلثه كذا ذكر في الاصل وذكر الحاكم في مختصره ان المراد
منه ان يعتقه الوصي او الوارث لان العتق هاهنا لم يتعلق بالموت
وانما تعلق به وبامر اخر بعده فيصير بمنزلة الوصيه بالاعتاق
فيجب ان لا يعتق ما لم يعتق وكذا ذكر الجصاص رحمه الله انه
لا يعتق حتى يعتقه الورثه لما قلنا **وروى** بن سماعه وعيسى بن
ابان رحمهما الله بن صدقه وابو سليمان عن محمد رحمهم الله فيمن قال
لرجل اذا مت فاعتق عبدي هذا ان شيت او قال اذا مت فامر
عبدي هذا بيدك ثم مات فشا الرجل عتقه في المجلس او بعد المجلس
فله ان يعتقه لان هذا وصية بالاعتاق والوصايا لا يتقيد
القبول فيها بالمجلس وكذا ان قال عبدي هذا حر بعد موتي ان شيت
فشا بعد موته في المجلس او بعد المجلس فقد وجبت الوصية لما ذكرنا
ان الوصيه لا يتقيد قبولها بالمجلس ولا يعتق العبد حتى يعتقه
الورثه او الوصي او القاضي وهذا يويد قول الحاكم والجصاص
لانه لا فرق بين المسئلتين سوى ان هناك علق بمشيئة العبد
وهاهنا علق بمشيئة الاجنبي وكذلك لو قال لعبده انت حر ان شيت
بعد موتي فمات المولى وقام العبد من مجلسه الذي علم فيه بموت
المولى او اخذ في عمل اخر فان ذلك لا يبطل شيا مما جعله اليه لما ذكرنا
ان هذا وصيه بالاعتاق وليس بتمليك والوصية لا يتقيد قبولها
على المجلس **واما** المضاف الى وقت فنحو ان يقول انت مدبر غدا او
راس شهر كذا فاذا جا الوقت صار مدبرا لان التدبير اثبات حق الحريه
فيحتمل الاضافه كاثبات حقيقة الحريه ولهذا احتمل التعليق بالشرط
كذا الاضافه **وروى** بشر عن ابي يوسف فيمن قال لعبده انت حر بعد
موتي بشهر فليس بمدبر ولا يعتق الا ان يعتق **وروى** بن سماعه عن
محمد رحمهما الله انه قال القياس ان يكون باطلا **الا ترى** انه لو جنى
قبل الشهر دفع بالجنايه ولو لحقه دين بيع فيه **ووجه القياس**
ما ذكرنا انه لما علق العتق بمضي شهر بعد الموت وكما مات انتقل
الملك فيه الى الورثه ولم يبق الا مضي الزمان وهو الشهر فلا

يحتمل ثبوت العتق به فيبطل الا انهم استحسنوا فجعلوه وصية بالاعتاق لان
تصرف العاقل يحمل على الصحة ما امكن وامكن حمله على الوصية بالاعتاق
بعد مضي شهر بعد الموت فيحمل عليها ولو قال انت حر قبل موتي بشهر فليس
بمدبر لانه ما اضاف العتق الى الموت اصلا بل اضافه الى زمان موصوف
بانه قبل موته بشهر من وقت التكلم وهذا ايضا يحتمل الوجود والعدم
لجواز ان يموت قبل تمام الشهر من وقت الكلام فلا يكون مدبرا للحال
واذا مضى شهر قبل موت المولى وهو في ملكه ذكر الكرخي رحمه الله
في مختصره انه مدبر في قول ابي حنيفه وزفر رحمهما الله وعند ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله ليس بمدبر وعلل القدوري لابي حنيفه رحمه الله انه لما
مضى شهر صار كانه قال عند مضي الشهر انت حر بعد موتي وذكر في الجامع
انه لا يكون مدبرا ويجوز بيعه ولم يذكر الخلاف وهو الصحيح
اما على قول ابي حنيفه رحمه الله فلان المدبر اسم لمن علق عتقه بمطلق
موت المولى وههنا ما اضاف العتق الى الموت اصلا بل اضافه الى
اول الشهر وكذا حكمه عند ابي حنيفه رحمه الله يثبت من اول الشهر بطريق
الظهور او يستند اليه والثابت بالتدبير يقتصر على حالة الموت
ولا يستند **ولهذا** تبين ان ما ذكره القدوري رحمه الله من التعليل
لابي حنيفه رحمه الله غير سديد **واما** على قولهما فقد ذكر في النوادر
ان عندهما يصير مدبرا مطلقا **ووجهه** انه لما مضى الشهر ظهر ان
عتقه تعلق بمطلق موت المولى فصار كانه قال عند مضيه انت حر
بعد موتي فصار مدبرا مطلقا **واما** على ظاهر الرواية منهما فلا يصير
مدبرا لانه ما علق عتقه بالموت بل بشهر متصل بالموت فيصير كانه
قال انت حر قبل موتي بساعة ولو قال يوم اموت فانت حر او انت حر
يوم اموت فان نوى به النهار دون الليل لم يكن مدبرا لانه نوى
حقيقة كلامه اذ اليوم اسم لبياض النهار لغة ويجوز ان يموت
بالليل لا بالنهار فلا يكون هذا مدبرا مطلقا وان عنى به الوقت
المبهم فهو مدبر لان اليوم يذكر ويراد به الوقت المطلق قال
الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره ومن ولي بالليل لحقه الوعيد
المذكور **وروى** الحسن عن ابي حنيفه رحمهما الله فيمن قال
ان مت الى سنه او الى عشر سنين فانت حر فليس بمدبر لانه علق
عتقه بموت بصفة تحتمل الوجود والعدم فان قال ان مت الى
مائة سنة ومثله لا يعيش الى ذلك في الغالب فهو مدبر لان موته
في تلك المدة كائن لا محاله **وروى** هشام عن محمد رحمه الله فيمن
قال انت مدبر بعد موتي فهو مدبر الساعة لانه اضاف التدبير

الى ما بعد الموت والتدبير بعد الموت لا يتصور فيلغو قوله بعد موتي فبقي
قوله انت مدبرا وبجعل قوله انت مدبر اي انت حر فيصير كانه قال
انت حر بعد موتي ولو قال انت حر بعد موتي على الف فالقبول بعد الموت
كذا ذكر في الجامع الصغير وهذا جواب ظاهر الرواية **وروى** عن
ابي يوسف رحمه الله ان القبول في هذا على الحياة لا بعد الموت
فاذا قبل في المجلس صح التدبير وصار مدبرا ولا يلزمه المال واذا
مات عتق ولا شيء عليه **وجه قوله** ان هذا ايجاب العتق في الحال
بعوض الا ان العتق يتاخر الى ما بعد الموت فكان القبول في المجلس
كما اذا قال له ان شئت فانت حر راس الشهر يعتبر المشيئة في المجلس
لثبوت الحرية راس الشهر كذا ههنا فاذا قبل في المجلس صح التدبير
ولا يلزمه المال لان المدبر مملوك للمولى مطلقا فلا يجب للمولى عليه
دين واذا مات عتق لوجود شرط العتق وهو الموت ولا يلزمه
المال لانه لم يلزمه وقت القبول فلا يلزمه وقت العتق
وجه ظاهر الرواية انه اضاف الايجاب الى ما بعد الموت
فيكون القبول بعد الموت وصية بدليل اعتباره من الثلث
وقبول الوصايا بعد الموت واذا كان القبول بعد الموت لا يعتبر
قبوله في حال الحياة وانما يعتبر بعد الموت فاذا قبل بعد الموت
فهل يعتق بعد الموت بنفس القبول ولا يعتق الا باعتاق الوارث
او الوصي او القاضي لم يذكر هذا في الجامع الصغير ولو قال انت
مدبر على الف فقبل فهو مدبر والمال ساقط كذا ذكر الكرخي
لانه علق التدبير بشرط وهو قبول المال فاذا قبل صار مدبرا
والمدبر على ملك المولى فلا يجوز ان يلزمه دين لمولاه فسقط **وروى**
بشر عن ابي يوسف في نوادره فيمن قال لعبده انت مدبر على الف
قال ابو حنيفه رحمه الله ليس له القبول الساعه وله ان يبيعه
قبل او لم يقبل فان مات وهو في ملكه فقال قد قبلت ادي
الالف وعتق وهو رواية عمر رحمه الله وعن محمد ايضا رحمه الله
وقال ابو يوسف رحمه الله ان لم يقبل حتى مات ليس له ان يقبل
وظاهر قوله ادي الالف وعتق يقتضي ثبوت العتق من غير اعتاق
الوارث والوصي وذكر القاضي رحمه الله في شرحه مختصر الطحاوي
اذا قال اذا مت فانت حر على الف درهم فانما يحتاج الى القبول
بعد الوفاه واذا قبل بعد الموت فلا يعتق بالقبول حتى يعتقه
الورثه او الوصي لان العتق قد تاخر وقوعه عن الموت
وكل عتق تاخر وقوعه عن الموت لا يقع الا بايقاع من الوارث

او الوصي لانه يكون وصية بالاعتاق فلا يثبت ما لم يوجد الاعتاق كما لو
قال انت حر بعد موتي بيوم او بشهر انه لا يعتق ما لم يعتقه الوارث او الوصي
بعد مضي اليوم او الشهر لما قلنا كذا ههنا **ثم** في الوصية بالاعتاق
يملك الوارث الاعتاق تنجيزا وتعليقا حتى لو قال له ان دخلت الدار
فانت حر فدخل يعتق كما لو نجز العتق والوصي يملك التنجيز لا التعليق
حتى لو علق بالدخول فدخل لا يعتق ولان الوارث يتخلف بحكم
الخلافة عن الميت ويقوم مقامه كانه هو والوصي يتصرف بالامر فلا
يتعدى تصرفه موضع الامر كالوكيل والوكيل بالاعتاق لا يملك
التعليق ولو اعتقه الوصي او الوارث عن كفارة لزمته لا تسقط
عنه لانه يقع عن الميت والولا من الميت لا من الوارث لان الاعتاق
فيه من حيث المعنى ولو قال انت حر على الف درهم بعد موتي فالقبول
في هذا في الحياة بلا خلاف لانه جعل القبول في الحال شرطا لثبوت
العتق بعد الموت فاذا قبل صار مدبرا ولا يجب المال لما قلناه
فاذا مات عتق ولا شي عليه وهذا حجة ابي يوسف في المسايل المتقدمة
والله الموفق ولو قال كل مملوك املكه فهو حر بعد موتي فما في ملكه
صار مدبرا وما يستفيده يعتق من الثلث بغير تدبير وهذا قول
ابي حنيفه ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يدخل
في هذا الكلام ما يستفيده **وجه قوله** ان المملوك للحال مراد له
من هذا الايجاب فلا يكون ما يستفيده مرادا لان الحال مع الاستقبال
معنيان مختلفان واللفظ الواحد لا يشتمل على معنيين مختلفين
ولهذا لم يدخل المستفاد في هذا اللفظ في الاعتاق البات كذا في
التدبير **وجه قولهما** ان التدبير في معنى اليمين ومعنى الوصية
اما معنى اليمين فظاهر لانه تعليق العتق بالشرط فاليمين ان
كان لا يصح الا في الملك القايم او مضافا الي الملك او سببه فالوصية
تتعلق بما في ملك الموصي وبما يستحدث الملك فيه فان من اوصى بثلث
ماله يدخل فيه المملوك للحال وما يستفيده الى وقت الموت وقوله
اللفظ الواحد لا يشتمل على معنيين مختلفين **قلنا** قد تشتمل كالكتابة
والاعتاق على مال فانهما يشتملان على معنى اليمين والمعاوضة
كذا هذا والله الموفق **فصل واما** شرايط الركن
فانواع **بعضها** يعم نوعي التدبير اعني المطلق والمقيد **وبعضها** يخص
احدهما وهو المطلق **اما** الذي يعم النوعين فما ذكرنا في كتاب العتاق
فلا يصح التدبير الا بعد صدوره مطلقا عن الاستثنا من اهله مضافا
الي محله ولا يصح الا في الملك سوا كان منجزا او معلقا بشرط او مضافا

الي وقت او مضافا الي الملك او سبب الملك نحو ان يقول لعبد لا يملكه
ان ملكتك فانت مدبر وان اشتريتك فانت مدبر لانه التزام اثبات
حقيقة الحرية بعد الموت واثبات حق الحرية في الحال ولا يثبت ذلك
الا بعد وجود الملك في الحال لانه اذا كان موجودا للحال فالظاهر
دوامه الي وقت وجود الشرط والوقت واذا لم يكن موجودا
فالظاهر عدمه فلا يثبت حق الحرية عند وجود الشرط والوقت
لا عند الموت فلا يحصل ما هو الغرض من التدبير ايضا على ما ذكر
في بيان حكم التدبير **ومنها** ان يكون التعليق بموت المولى حتى لو علق
بموت غيره بان قال ان مات فلان فانت حر لا يصير مدبرا اصلا
واما الذي يخص احدهما فشرطان **احدهما** ان يكون التعليق مطلق
موت المولى فان كان بموت موصوف بصفة لا يكون تدبيرا مطلقا
بل يكون مقيدا **والثاني** ان يكون التعليق بموته وحده حتى لو علق
بموته وشرط اخر لا يكون ذلك تدبيرا مطلقا **وقد** ذكرنا المسايل
المتعلقة بهذين الشرطين فيما تقدم **فصل** واما صفة التدبير
فالتدبير متجزي في قول ابي حنيفه رحمه الله وعند ابي حنيفه رحمه الله
يوسف ومحمد رحمهما الله لا يتجزي لانه باعتبار الحال اثبات حق
الحرية فيعتبر باثبات حقيقة الحرية واثبات حقيقة الحرية تتجزي
عنده وعندهما لا تتجزي كذا اثبات حق الحرية باعتبار المال وهو
اثبات حقيقة الحرية وكان الخلاف فيه لازما **وعلى هذا** يخرج
عبد بين اثنين دبره احدهما ان على قول ابي حنيفه صار نصيبه
خاصة مدبرا ونصيب شريكه على ملكه لكون التدبير متجزيا
عنده فيقتصر على نصيبه ثم ان كان المدبر موسرا فللشريك ست
خيارات ان شا اعتق وان شا دبر وان شا كاتب وان شا
ضمن وان شا استسعى العبد وان شا تركه على حاله **اما** خيار
الاعتاق والتدبير والمكاتبة والاستسعا فلان نصيبه بقي على
ملكه في حق التخريج الى العتاق **واما** خيار التضمين فلانه بالتدبير
اخرجه من ان يكون محلا للتمليك مطلقا بالبيع والهبة والرهن
ونحو ذلك فقد اتلفه عليه في حق هذه التصرفات فكان له ولاية
التضمين **واما** خيار الترك على حاله فلان الحرية لم تثبت في جزو
منه لا حقيقة ولا مجازا لبقاوه على الرق وانه منتفع لان له ان ينتفع به منفعة
الكسب والخدمة فلا يكلف بالتخريج الي الحرية ما لم يمت المدبر
فان اختار الاعتاق فاعتق فللمدبر ان يرجع على المعتق بنصف
قيمته مدبرا والولا بينهما لان الاعتاق منهما لان نصيب المدبر

لا يحتمل الانتقال الى المعتق لانه اتلف عليه نصيبه فهو مدبر فيضمن من قيمته
لان التدبير يمنع من ذلك وللمعتق ان يرجع على العبد بما ضمن لان منفعة
الاعتاق حصلت له وان شاء المدبر اعتق نصيبه وان شاء كاتب وان شاء
استسعى وليس له الترك على حاله لانه معتق البعض فيجب تخريجه الى
العتاق **هذا** اذا كان المعتق موسرا فان كان موسرا فللمدبر ثلاث
خيارات ان شاء اعتق وان شاء كاتب وان شاء استسعى وان اختار
التدبير فدبر نصيبه حتى صار العبد مدبرا بينهما وساوى شريكه
في التصرف ثم مات احدهما عتق نصيب الميت بالتدبير ويكون من
الثلث لان التدبير وصية ويسعى في نصف قيمته للباقي ان شاء لانه
صار معتق البعض وان شاء اعتق وان شاء كاتب وليس له الترك
على حاله لما قلنا فان مات الشريك الاخر قبل اخذ السعاية عتق
نصيبه من الثلث ايضا لما قلنا وبطلت السعاية لان العتق حصل بموت
المولى والمدبر اذا اعتق بموت مولاه وقيمته تخرج من الثلث لا يجب
عليه السعاية وقيل ان هذا على قياس قول ابي حنيفة رحمه الله
فاما على قياس قولهما فلا يبطل لان الاعتاق عندهما لا يتجزى فقد
عتق كله بموت الاول فوجبت السعاية عليه وهو حر وكان ذلك بمنزلة
ديون وجبت على الحر فلا تسقط بالموت **واما** على قول ابي حنيفة فلا
يعتق نصيب الشريك ما لم يؤد السعاية اذا اختار السعاية لان
الاعتاق متجز عنده فاذا مات الشريك فهذا مدبر مات مولاه
وقيمته تخرج من الثلث فيعتق من غير سعاية وان اختار الكتابة
فكاتبه صحت الكتابة لان نصيبه على ملكه فان ادى فعتق مضى الامر
وان مات المولى قبل الاداء وهو يخرج من الثلث عتق وبطلت عنه
السعاية وان كان لا يخرج من الثلث بان لم يكن له مال غيره ففيه
خلاف بين اصحابنا الثلاثة رحمهم الله نذكره فيما بعد ان شاء الله
تعالى وان اختار تضمين المدبر فضمنه فقد صار العبد كله للمدبر
لانتقال نصيب شريكه اليه بالضمان والولاء كله للمدبر لان
كله عتق على ملكه وللمدبر ان يرجع بما ضمن على العبد فيستسعيه
لان الشريك كان له ان يستسعيه فلما ضمن المدبر قام مقامه فيما كان
له فان مات المدبر عتق نصفه من ثلث المال لان نصفه قد صار
مدبرا فيعتق بموته لكن من ثلث المال لما قلنا ويسعى في النصف الاخر
كاملا للورثة لان ذلك النصف كان قنا وان شاؤا اعتقوا ذلك
النصف وان شاؤا دبروا وان شاؤا كاتبوا وان شاؤا تركوه على
حاله وان اختار الاستسعاء سعى العبد في نصف قيمته فاذا ادى

يعتق

يعتق ذلك يعتق كله والولاء بينهما لان نصيب كل واحد منهما عتق على
ملكه فان مات المدبر قبل ان يأخذ السعاية بطلت السعاية لان
العبد صار وعتق ذلك النصف من ثلث ماله لما بينا وان اختار ترك
نصيبه على حاله فمات يكون نصيبه موروثا عنه فينتقل الخيار
الى الورثة في الاعتاق والتدبير والكتابة والاستسعاء والترك
على حاله لان نصيبه انتقل اليهم وقد كان له هذه الخيارات
فان مات المدبر عتق ذلك النصف من الثلث ولغير المدبر ان يستسعي
العبد في نصف قيمته ان شاء وان شاء اعتق وان شاء دبر وان شاء
كاتب وليس له خيار الترك لانه صار معتق فيجب تخريجه الى العتق
لا بحاله والولاء بينهما لان نصيب كل واحد منهما عتق على ملكه **هذا**
اذا كان المدبر موسرا فان كان معسرا فللشريك الخيارات التي ذكرنا
الا اختيار التضمين **واما** على قولهما اذا دبر نصيبه فقد صار كله
مدبرا لان التدبير لا يتجزى عندهما ويضمن المدبر لشريكه نصف قيمته
موسرا كان او معسرا فقد فرقا بين التدبير وبين الاعتاق ان
في الاعتاق لا يضمن اذا كان معسرا وانما يسعى العبد لان هذا ضمان
اتلاف او ضمان تملك او ضمان حبس المال وانه لا يختلف باليسار
والاعسار في اصول الشرع الا ان السعاية في باب الاعتاق
ثبتت بخلاف القياس بالنص ولان الاعتاق قد ازال العبد عن
ملك المعتق وصار حرا فيسعى وهو حر وههنا الملك قائم
بعد التدبير وكسب المدبر على ملك مولاه فلا يمكن القول
بالاستسعاء **هذا** اذا دبره احدهما او دبره على التعاقب فان
دبراه معا بان قال كل واحد منهما قد دبرتك او انت مدبر
او نصيبي منك مدبر او قال اذا مت فانت حر او انت حر بعد موتي
وخرج الكلامان معا صار مدبرا لهما بلا خلاف لان تدبير كل واحد
منهما صادف ملك نفسه فصار العبد مدبرا بينهما فاذا مات احدهما
عتق نصيبه من الثلث وللاخر بالخيار ان شاء اعتق وان شاء كاتب
وان شاء استسعى وليس له ان يتركه على حاله لانه صار معتق
البعض فاذا مات الباقي منهما قبل اخذ السعاية بطلت السعاية
وعتق ان كان يخرج من الثلث لما ذكرنا وان قالا جميعا اذا متنا
فانت حر او انت حر بعد موتنا وخرج كلامهما معا لا يصير مدبرا
لان كل واحد منهما علق عتقه بموته وموت صاحبه فصار كان
كل واحد منهما قال ان مت انا وفلان فانت حر وان مت انا
وفلان الا اذا مات احدهما يصير نصيب الباقي منهما مدبرا

لصيرورة عتقه معلقا بموت المولى مطلقا وصار نصيب الميت مدبرا ثابتا لورثته ولهم الخيار ان شاوا اعتقوا وان شاوا دبروا وان شاوا كاتبوا وان شاوا استسعوا وان شاوا ضمنوا الشريك ان كان موسرا وان مات الاخر عتق نصيبه من الثلث **هذا** اذا دبره احدهما اولا ثم دبره الاخر فاما اذا دبره احدهما واعتقه الاخر فهذا في الاصل لا يخلو من احد وجهين **اما** ان خرج الكلامان على التعاقب **واما** ان خرجا معا فان خرجا على التعاقب فاما ان علم السابق منهما **واما** ان لم يعلم فان علم فان كان الاعتاق سابقا بان اعتقه احدهما اولا ثم دبره الاخر **فاما** على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فكما اعتقه احدهما فقد عتق كله لان الاعتاق عندهما لا يتجزى وتدبير الشريك باطل لانه صادف الحر ولولا كله للمعتق لان كله عتق باعتاقه وعليه الضمان ان كان موسرا وعلى العبد السعاية ان كان معسرا لما ذكرنا في كتاب العتاق فصار كعبد بين اثنين اعتقه احدهما وسكت الاخر وقد ذكرنا فيما تقدم **واما** على قول ابي حنيفة رحمه الله اذا اعتقه احدهما لم يعتق الا نصيبه لتجزي الاعتاق عنده فلما دبره الاخر فقد صح تدبيره لانه دبر ملك نفسه فصح وصار مبريا للمعتق عن الضمان لانه قد ثبت له باعتاق الشريك خيارات **منها** التضمين **ومنها** التدبير فاذا دبره فقد استوفى حقه فبرا المعتق عن الضمان ولانه انما يثبت له ولاية التضمين بشرط نقل نصيبه الى المعتق بالضمان وقد خرج عن احتمال النقل بالتضمين بالتدبير فسقط الضمان والمدبر بالخيار ان شا اعتق نصيبه الذي صار مدبرا وان شا كاتبه وان شا استسعى العبد وليس له ان يتركه على حاله لانه قد عتق بعضه فوجب تخريجه الى العتق بالطرق الذي بينا وان مات المدبر عتق نصيبه الذي صار مدبرا من الثلث والولا بينهما لانه كله عتق باعتاقهما النصف بالاعتاق البات والنصف بالتدبير يعتق نصيب كل واحد منهما على ملكه وان كان التدبير سابقا بان دبره احدهما صار كله مدبرا له لان التدبير عندهما لا يتجزى كالاعتاق البات ويضمن المدبر نصيب شريكه قيمتا سوا كان موسرا او معسرا لما بينا **واما** على قول ابي حنيفة فلم يصر كله مدبرا بل نصيبه خاصة لتجزي التدبير عنده فصح اعتاق الشريك فيعتق نصفه وللمدبر ان يرجع على المعتق بنصف قيمة العبد مدبرا ان كان المعتق موسرا لما ذكرنا فيما تقدم وان شا اعتق نصيبه الذي هو مدبر وان شا

استسعى العبد وليس له ان يتركه على حاله لانه معتق البعض وان خرج الكلامان معا لا يرجع احدهما على صاحبه بضمان لان الضمان انما يجب باتلاف مال الغير فاذا خرج الكلامان معا كان كل واحد منهما متصرفا في ملك نفسه لا متلفا ملك غيره فلا يجب عليه الضمان **ومنهم** من قال هذا على قياس قول ابي حنيفة لان الاعتاق والتدبير كل واحد منهما يتجزى عنده فصح التدبير في النصف والاعتاق في النصف **فاما** قولهما ينفذ الاعتاق ويبطل التدبير لان الاعتاق والتدبير لا يتجزيان والاعتاق اقوى فيدفع الادنى وان كان احدهما سابقا لكن لا يعلم السابق منهما من اللاحق ذكر في الاصل ان المعتق يضمن ربع قيمة العبد المدبر ويسعى العبد له في الربع الاخر وهذا استحسان ولم يذكر الخلاف ومنهم من قال هذا قول ابي حنيفة رحمه الله فاما عندهما الجواب فيه وفيما اذا خرج الكلامان معا سوا **وجه قولهما** ان كل امرين حادثين لا يعلم تاريخهما يحكم بوقوعهما معا في اصول الشرع كالغرقى والحرقى والهدمى ولهذا قال بعض اهل الاصول في النص العام والخاص اذا تعارضا وجهل التاريخ انه جعل كانهما وردا معا وبني العام على الخاص على طريق البيان ويكون الكلبيان المراد من النص العام ما ورا القدر المخصوص **وجه قياس قول ابي حنيفة** رحمه الله انه وقع الشك في وجوب الضمان على المعتق لوقوع الشك في سبب وجوبه لان التدبير ان كان لاحقا كان المدبر بالتدبير مبريا للمعتق من الضمان لما مر وان كان سابقا يجب الضمان على المعتق فوقع الشك في الوجوب والوجوب لم يكن ثابتا فلا يثبت مع الشك **وجه الاستحسان له** اعتبار الاحوال وهو ان الاعتاق وان كان متقدما على التدبير فقد ابرا المدبر المعتق عن الضمان وان كان متاخرا فالمعتق ضامن وقد سقط ضمان التدبير بالاعتاق بعد ذلك لا ضمان على المدبر في الحالين جميعا والمعتق يضمن في حال ولا يضمن في حال والمضمون هو النصف فينتصف فيضمن ربع القيمة ويسعى العبد للمدبر في الربع الاخر لانه لما تعذر التضمين فيه وجب تخريجه الى العتاق اخرج بالسعاية كما لو كان المعتق موسرا والله اعلم **مدبرة** بين رجلين جات بولد ولم يدع احدهما فهو مدبر بينهما كامه لان ولد المدبرة مدبر لما نذكر في بيان حكم التدبير فان ادعاه احدهما فالقياس ان لا يثبت نسبه منه وهو قول زفر رحمه الله واليه مال الطحاوي من اصحابنا وفي الاستحسان يثبت **وجه القياس** انهما لما دبراه فقد ثبت حق الولا لهما جميعا لانه ولد مدبرتهما جميعا وفي اثبات النسب من المدعي ابطال هذا الحق عليه والولا يلحقه الفسخ **وجه الاستحسان** ان النسب قد ثبت في نصيب المدعي لوجود سبب الثبوت

وهو الوطي في الملك واذا ثبت في نصيبه يثبت في نصيب شريكه لان النسب
لا يتجزى واما قوله حق الولا لا يحتمل الفسخ **فنقول** نحن نثبت النسب ولا نسقط
حق الولا لانه لا تنافي بينهما فيثبت النسب من الشريك المدعي ويبقى نصف الولا
للشريك الاخر وصار نصف الجارية ام ولد له ونصفها مدبرة على حالها
للشريك **فان قيل** الاستيلاد لا يتجزى وهذا قول بالتجزيه **فالجواب**
ما ذكرنا في كتاب العتاق انه متجز في نفسه عند ابي حنيفه كالاعتاق الا انه
يتكامل في بعض المواضع لوجود سبب التكامل على انا نقول الاستيلاد لا يتجزى
فيما يحتمل نقل الملك فيه فاما ما لا يحتمل فهو متجز وههنا لا يحتمل لما نذكر
ويغرم المدعي نصف العقر لشريكه ونصف قيمة الولد مدبرا ولا يضمن نصف
قيمة الام **اما** وجوب نصف العقر فلانه اقر بالوطي في ملك الغير لاقراره
بوطي مدبرة مشتركة بينهما وانه حرام الا ان الحد لم يجب للشبهة لان نصف
الجاريه ملكه فيجب العقر ويغرم نصف قيمة الولد مدبرا لانه بالدعوة
اتلف على شريكه ملكه الثابت ظاهرا لانه حصل في محل هو ملكهما فاذا
ادعاه فقد اتلف على شريكه ملكه الثابت من حيث الظاهر باخراجه من ان
يكون منتفعا به منفعة الكسب والخدمه فيضمن نصف قيمته مدبرا لانه
اتلف نصف المدبر ولا يغرم نصف قيمة الجاريه لان نصيب الشريك قد
بقي على ملكه ولم تصر الجاريه ام ولد له لان استيلاد نصيب شريكه
يعتمد تملك نصيبه ونصيبه لا يحتمل التملك لكونه مدبرا بخلاف الامة
القنة بين رجلين جاءت بولد فادعاه احدهما انه يثبت النسب ويغرم نصف
عقر الجاريه لشريكه وتصير الجاريه كلها ام ولد له ولا يغرم من قيمة الولد
شيا لان هناك نصيب الشريك محتمل النقل فامكن القول بتملك نصيبه
ببدل ضرورة صحة الاستيلاد والتملك يستند الى وقت العلوق فيتبين
ان الولد حدث على ملكه فلا يكون مضمونا عليه وههنا نصيب الشريك
لا يحتمل النقل فيقتصر الاستيلاد على نصيب المدعي وينفرد الولد
بالضمان لانفراده بسبب وجوب الضمان فان مات المدعي اولا عتق نصيبه
بغير شي لان نصيبه ام ولد له فلا يسعى في نصيبه ولا يضمن الشريك
الساكت شيا لحصول العتق من غير صنعه وهو الموت ويسعى في نصيب
الاخر في قولهم جميعا لان نصيبه مدبر فان مات الاخر قبل ان ياخذ
السعايه عتق كلها ان خرجت من ثلث ماله وبطلت السعاية عنها في قياس
قول ابي حنيفه رحمه الله وعلى قياس قولهما لا يبطل بناء على ان الاعتاق
يتجزى عنده وعندهما لا يتجزى وقد ذكرنا وجه البنا فيما تقدم وان مات
الذي لم يدع اولا عتق نصيبه من الثلث لان نصيبه مدبر له ولا يسعى
في نصيب الاخر في قول ابي حنيفه لان نصيبه ام ولد له ورق ام الولد

ليس بمتقوم عنده **وفي قولهما** تسعى لان رقه متقوم فان لم يمت واحد منهما
حتى ولدت ولدا اخر فادعاه فهو ضامن لنصف العقر لانه اقر بوطي مدبرة
مشتركة بينهما وايهما مات يعتق كل الجاريه لان نصيب كل واحد منهما تدبير
ولد وولد الولد اذا اعتق بعضها عتق كلها ولا سعايه عليها وان جاءت بولد
فادعياه جميعا معا ثبت نسبه منهما جميعا وصارت الجاريه ام ولد لهما
جميعا ويبطل التدبير الى خلف هو خير وهو الاستيلاد لان عتق الاستيلاد
ينفذ من جميع المال فكان خيرا لها من التدبير وحكم الضمان في القن ما هو الحكم
في الجاريه القنه **وسنذكره** في كتاب الاستيلاد ان شا الله تعالى ولو دبر
عبده ثم كاتبه جازت الكتابه لما ذكرنا فان ادى الكتابه قبل موت المولى
عتق لوجود شرط العتق بسبب الكتابه وهو ادا بدل الكتابه وان لم يؤد
حتى مات المولى عتق ايضا ان كان يخرج كله من ثلث مال المولى لوجود شرط
العتق بسبب التدبير وهو موت المولى وخروج المدبر من ثلث ماله ولا
سعاية عليه لان عتق المدبر وصية والوصية في الثلث نافذة فاذا
خرج كله من الثلث عتق كله من غير سعايه وان لم يكن له مال اخر سواه
فله الخيار ان شا سعى في جميع الكتابه وان شا سعى في ثلثي قيمته
فان اختار الكتابه سعى على النجوم وان اختار السعايه في ثلثي
قيمته حالا يسعى حالا وقال ابو حنيفه رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه
الله يسعى في الاقل من جميع الكتابه ومن ثلثي القيمه **وقال محمد**
يسعى في الاقل من ثلثي الكتابه ومن ثلثي القيمه **والخلاف** في هذه
المسئله يقع في فصلين **احدهما** في الخيار **والثاني** في المقدار والخلاف
في الخيار بين ابي حنيفه وصاحبيه وفي المقدار بين ابي حنيفه وابي يوسف
وبين محمد رحمهم الله **اما** فصل الخيار فالخلاف فيه مبني على ان العتق
يتجزى عند ابي حنيفه رحمه الله **و**عندهما لا يتجزى **ووجه البنا** على هذا
الاصل لان العتق لما كان متجزيا عنده لم يعتق بموت المولى الا ثلث العبد
وبقي الثلثان منه رقيقا وقد توجه الى الثلثين العتق من جهتين احدهما
الكتابه بادا بدل مؤجل **والثانيه** التدبير بسعايه ثلثي القيمه معجلا
فيخير ان شا مال الى هذا وان شا مال الى ذلك ولما لم يكن العتق متجزيا
عندهما فاذا عتق ثلثه بالموت فقد عتق كله وبطل التاجيل في بدل
الكتابه فصار المال الان جميعا حالا وعليه احد المالين اما الكتابه واما السعايه
واحدهما اقل والاخر اكثر فلا فايدة في التخيير لانه يختار الاقل لا محاله
ولان الواجب عليه اذا كان احد المالين واحدهما اكثر من الاخر واقل
كان الاقل متيقنا به فيلزمه ذلك **واما** فصل المقدار فوجه قول
محمد رحمه الله ان بدل الكتابه كله مقابل بكل الرقبه لان العقد انعقد عليه

حيث قال كاتبتك على كذا وقد عتق ثلث الرقبة فيسقط عنه ما كان بمقابلته وهو ثلث البدل فيبقى الثلثان ولان ثلث مال المولى لو كان مثل كل قيمة العبد يسقط عنه كل بدل الكتابة فيبقى الثلثان فيسعى في الاقل من ثلثي الكتابة وثلثي القيمة لما قلنا **وجه قولهما** ان العبد كان استحق ثلث رقبته بالتدبير السابق قبل عقد الكتابة فانه يسلم له ذلك كما كان فاذا كاتبه بعد ذلك فالبدل لا يقابل القدر المستحق وهو الثلث وانما يقابل الثلثين فاذا قال كاتبتك على كذا فقد جعل المال بمقابلة ما لا يصح المقابلة به وهو الثلث وبمقابلة ما تصح المقابلة به وهو الثلثان كمن طلق امراته الحرة تطليقتين ثم طلقها ثلاثا على الف درهم لزمها كل الالف لما قلنا وكذا اذا جمع بين من تحل نكاحها وبين من لا يحل فتزوجهما بالف درهم وجبت الالف كلها بمقابلة نكاح من تحل له نكاحها عند ابي حنيفة رحمه الله واذا كان الامر على ما وصفنا فالثلث وان عتق عند الموت لكن لا بدل بمقابلته وانما البدل كله بمقابلة الثلثين فلم يسقط من البدل شي بخلاف ما اذا خرج العبد كله من الثلث لان هناك يسلم له جميع رقبته فلزم القول بالبراءة **هذا** اذا دبر عبده ثم كاتبه فان كاتبه ثم دبره ثم مات المولى فعلى قول ابي حنيفة رحمه الله ان شا سعى في ثلثي القيمة وان شا سعى في ثلثي الكتابة **وعندهما** يسعى في الاقل من ثلثي القيمة ومن ثلثي الكتابة فقد اتفقوا على المقدار ههنا حيث قالوا مقدار بدل الكتابة ثلثان وانما كان كذلك لان هناك كاتبه والعبد لم يكن استحق شيا من رقبته فكان جميع البدل بمقابلة جميع الرقبة وقد عتق عند الموت بسبب التدبير ثلثه فسقط ما كان بازايه من البدل فبقي الثلثان بلا خلاف **وانما اختلفوا** في الخيار فعند ابي حنيفة رحمه الله يخير من بدل الثلثين بالكتابة موجلا وبين ثلثي القيمة معجلا وعندهما يجب عليه الاقل منهما بنا على تجزي الاعتاق وعدم تجزيه على ما بينا في الفصل الاول والله الموفق **فصل واما** حكم التدبير **فنوعان نوع** يرجع الى حياة المدبر **ونوع** يرجع الى ما بعد موته **اما** الذي يرجع الى حال حياة المدبر **فهو** ثبوت حق الحرية للمدبر اذا كان التدبير مطلقا وهذا عندنا **و**عند الشافعي رحمه الله لا حكم له في حال حياة المدبر راسا فلا يثبت حقيقة الحرية ولا حقها بل حكمه ثبوت حقيقة الحرية بعد الموت مقصورا عليه **وعلى هذا** يبنى بيع المدبر المطلق انه لا يجوز عندنا وعنده جايز ويجوز بيع المدبر المقيد بالاجماع **احتج الشافعي** بما روي عن عطا رحمه الله انه قال دبر رجل عبده فاحتاج فباعه النبي صلى الله عليه وسلم بثمان مائة درهم وادى درجاته فعله الجواز ولان التدبير تعليق الشرط العتق بالشرط وانه لا يمنع جواز البيع كالتعليق بسائر الشروط من دخول الدار وكلام زيد وغير ذلك وكالتدبير المقيد ولان فيه معنى الوصية وذلك لا يمنع جواز البيع كما اذا اوصى

بعتق عبده ثم باعه **ولنا ما روي** عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من ثلث المال وهذا نص في الباب **وعن** ابي سعيد الخدري وجابر بن عبد الله الانصاري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المدبر ومطلق النهي يحمل على التحريم **وروي** عن عمر وعثمان وزيد بن ثابت وابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم مثل مذهبنا وهو قول جماعة من التابعين مثل شريح ومسروق وسعيد بن المسيب والقاسم بن محمد وابي جعفر محمد بن علي ومحمد بن سيرين وعمر بن عبد العزيز والشعبي والحسن البصري والزهري وسعيد بن جبير وسالم بن عبد الله وطاوس ومجاهد وقتادة رضي الله عنهم حتى قال ابو حنيفة رحمه الله لولا قول هولا الاجلة لقلت بجواز بيع المدبر لما دل عليه من النظر ولان اثبات حق الحرية ضرورة الاجماع ودلالة غرض المدبر **اما** ضرورة الاجماع فهي ان الحرية تثبت بعد الموت بالاجماع والحرية لا بد لها من سبب ولا سبب ههنا سوى الكلام السابق فلا يخلوا اما ان يجعل سببا للحال واما ان يجعل سببا بعد الشرط ولا سبيل الى الثاني لانه ليس من فعل مباشر السبب فتعين ان يكون سببا عند وجوده فكان الكلام السابق سببا للحال لثبوت الحرية بعد الموت والسبب يقتضي ثبوت الحرية حق الحرية للمدبر الا هذا وهذا يمنع جواز البيع لان البيع ابطال السببية اذ لا تثبت الحرية عند الموت بعد البيع **واما** دلالة الغرض فهو ان غرض المدبر من التدبير هو ان غرض المدبر من التدبير ان تسلم الحرية للمدبر عند وقت اما تقربا الى الله تعالى بالاعتاق لاعتاق رقبته من النار كما نطق به الحديث او حقا لخدمته القديمة مع بقا منافعه على ملكه في حياته لحاجته اليها ولا طريق لتحصيل الغرضين الا بجعل التدبير سببا في الحال لثبوت الحرية بعد الموت اذ لو لم تثبت الحرية في الحال لفات غرضه الانتفاع ولو لم ينعقد سببا راسا لفات غرضه في العتق لجواز ان يبيعه لشدة غضب او غير ذلك فكان انعقاده سببا في الحال وتاخر الحرية الى ما بعد الموت طريق احراز الغرضين فيثبت ذلك بدلالة الحال فيتقيد الكلام به اذ الكلام يتقيد بدلالة الغرض **فان قيل** هذا مناقض لاصلكم لان التدبير تعليق العتق بالشرط ومن اصلكم ان التعليقات ليست اسبابا بالحال وانما تصير اسبابا عند وجود شروطها وعلى هذا بنيتم تعليق الطلاق والعتاق بالملك وسببه وههنا جعلتم التدبير سببا لثبوت الحرية للحال وهذا مناقضة في الاصل والتناقض في الاصل دليل فساد الفرع **فالجواب** ان هذا اصلنا فيما يمكن اعتباره سببا عند وجود الشرط وفيما لم يرد المتكلم جعله سببا في الحال وفي التعليق

نسا ير الشروط امكن اعتباره سببا عند وجود الشرط وههنا لا يمكن لما بينا
وكذا في التعليق بسا ير الشروط اراد المتكلم كونه سببا عند الشرط وههنا
اراد كونه سببا في الحال لما قلنا فتعين سببا للحال لثبوت الحريه في الثاني
واما حديث عطا فيحتمل ان ذلك كان تدبيرا مقيدا وقوله باع حكايه
فعل فلا عموم له ويحتمل ان يكون معنى قوله باع اي اجر اذ الاجره تسمى بيعا
بلغة اهل المدينه **وهكذا** روى محمد باسناده ان النبي صلى الله عليه وسلم
باع خدمة مدبر ولم يبع رقبته ويحتمل انه كان ذلك في ابتدا الاسلام
حين كان بيع الحر مشروعا **على ما روي** ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
باع رجلا يدعى يقال له سُرَّق ثم صار منسوخا بنسخ بيع الحر لثبوت حق
الحريه في المدبر الحاقا للحق بالحقيقه في باب الحرمات **واما** المدبر المقيد
فهناك لا يمكن ان يجعل الكلام سببا للحال لان الامر متردد بين ان يموت
من ذلك المرض وفي ذلك السفر او لا يموت وكان الشرط محتمل الوجود
والعدم فلم يكن التعليق سببا للحال كالتعليق بسا ير الشروط وكذا
لما علق العتق بامر يحتمل الوجود والعدم دل انه ليس غرضه من هذا الكلام
التقرب الى الله تعالى باعتاق هذا العبد ولا اقتضاء الخدمه لقدمه
اذ لو كان غرضه لعلقه بشرط كاين لا محاله **واما** قوله ان في التدبير
معنى الوصيه فنعم لكن هذه وصية لازمه لثبوتها في ضمن امر لازم
وهو اليمين فلا يحتمل الفسخ ولهذا لا يحتمل الرجوع بخلاف الوصيه
بالاعتاق **فان قيل** هذا يشكل بالتدبير المقيد فانه يتضمن معنى
الوصيه اللازمه ومع هذا يجوز بيعه **قيل له** معنى الوصيه للحال
متردد لتردد موته على تلك الصفه فلا يصير العبد موصوفا له
قبل الموت بتلك الصفه وههنا بخلاف واذا ثبت حق الحريه للمدبر المطلق
في الحال فكل تصرف فيه يبطل هذا الحق لا يجوز وما لا يبطله يجوز
وعلى هذا تخرج المسايل لا يجوز بيعه وهبته والتصدق والوصايه به
لانه تصرف تمليكا لرقبه فيبطل حق الحريه ولا يجوز رهنه لان الرهن
والارتهان من باب ايفا الدين واستيفايه عندنا فكان من باب
تمليك العين وتملكها ويجوز اجارته لانها لا تبطل هذا الحق لانها تصرف
في المنفعه بالتملك لا في العتق والمنافع على ملك المدبر **وقد روينا**
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه باع خدمة المدبر ولم يبع
رقبته وبيع خدمة المدبر بيع منفعتها وهي معنى الاجاره ويجوز
الاستخدام وكذا الجمعه الوطي والاستمتاع في الامه لانها استيفا المنافع
ويجوز تزويجها لان التزويج تمليك المنافع **وعن** ابن عمر انه كان يطا مدبرته
ولان الاستيلاد اكد من التدبير لانه يوجب الحريه من جميع المال والتدبير

من

من الثلث **ثم** الاستيلاد لا يمنع من الاجاره والاستخدام ولا يمنع من
الاستمتاع والوطي والتزويج في الامه والتدبير اولى والاجرة والمهر
والعقر والكسب والغلة للمولى لانها بدل المنافع والمنافع ملكه
والارش له لانه بدل اجزو فات على ملكه ولا يتعلق الدين برقبته
لان رقبته لا تحتمل البيع لما بينا ويتعلق بكسبه ويسعى في ديونه
بالغة ما بلغت وجنايته على المولى وهو الاقل من قيمته ومن ارش
الجنايه ولا يضمن المولى اكثر من قيمة واحده وان كثرت الجنايات
لما نذكر في كتاب الجنايات ان شا الله تعالى ويجوز اعتاقه لانه
ايصاله الى حقيقة الحريه معجلا ولان المنع من البيع ونحوه لما
فيه من منعه من وصوله الى هذا المقصود ومن المحال ان يمنع من
ايصاله اليه **ولهذا** جاز اعتاق ام الولد كذا المدبر ويجوز مكاتبته
لانه يريد تعجيل الحريه اليه والمولى يملك ولكن كما يملك مكاتبة
ام الولد وولد المدبره من غير سيدها بمنزلتها لاجماع الصحابه
رضي الله عنهم على ذلك فانه **روي** عن ابن مسعود رضي الله عنه انه
ولد المدبره بمنزلتها يعتق بعتقها ويرق برقها **وروي** ان عثمان رضي
الله عنه خوصم اليه في اولاد مدبره فقضى ان ما ولدته قبل
التدبير عبد وما ولدته بعد التدبير مدبر وكان ذلك بمحضر من
الصحابه ولم ينكر عليه احد منهم فيكون ذلك اجماعا وهو قول شريح
ومسروق وعطاوطاووس ومجاهد وسعيد بن جبير والحسن بن
قتاده ولا يعرف في السلف خلاف ذلك وانما قال به بعض
اصحاب الشافعي فلا يعتد بقوله لمخالفته الاجماع ولان حق الحريه
يسري الى الولد كولد ام الولد وما ولدته قبل التدبير فهو من
اقضية عثمان بمحضرة الصحابه ولان حق الحريه لم يكن ثابتا في حق
الام وقت الولاده حتى يسري الى الولد ولو اختلف المولى والمدبره
في ولدها فقال المولى ولدته قبل التدبير فهو رقيق وقالت هي
ولدته بعد التدبير فهو مدبر فالقول قول المولى مع يمينه على علمه
والبينه بينة المدبره لان المدبره تدعي سراية التدبير الى الولد
والمولى ينكر فكان القول قوله مع يمينه ويحلف على علمه لان الولاده
ليست فعله والبينه بينة المدبره لان فيها اثبات التدبير ولو
كان مكان التدبير عتق فقال المولى للمعتقه ولدته قبل العتق
وهو رقيق وقالت بل ولدته بعد العتق وهو حر يحكم فيه الحال
ان كان الولد في يدها فالقول قولها وان كان في يد المولى
فالقول قوله لانه اذا كان في يدها كان الظاهر شاهدا لها

وان كان في يده كان الظاهر شاهدا له بخلاف المدبره لا تنافي يده
المولي فكذا ولدها فكان الظاهر شاهدا له على كل حال فكان القول
قوله ولو قال لامة لا يملكها ان ملكتك فانت مدبره او ان اشتريتك
فانت مدبره فولدت ولدا ثم اشتراهما جميعا فالام مدبره والولد
رقيق لان الام انما صارت مدبره بالشرط ولم يوجد الشرط في حق
الولد وانه منفصل فلا يسري الى تدبير الام والله اعلم **اما**
الذي يرجع الى ما بعد موت المدبر **فمنها** عتق المدبر لان عتقه
لان عتقه كان معلقا بموت المولي والمعلق بالشرط ينزل عند وجود
الشرط ويستوي فيه المدبر المطلق والمقيد لان عتق كل واحد منهما
معلق بالشرط الا ان الشرط المقيد في الموت الموصوف بصفه
فاذا وجد ذلك فقد وجد الشرط فينزل المعلق وسوا كان الموت
حقيقة او حكما بالرده بان ارتد المولى عن الاسلام والعياذ
بالله ولحق بدار الحرب لان الرده مع اللحاق بدار الحرب يجري
مجري الموت في زوال الاملاك وكذلك المستامن اذا اشترى عبدا
في دار الاسلام فدبره ولحق بدار الحرب يجري مجرى الموت فاسترق
الحربي عتق مدبره لان الاسترقاق اوجب زوال ملكه عن املاكه
امواله حكما فكان بمنزلة الموت وكذا ولد المدبرة الذي ليس من مولاها
لانه تبع لها في حق الحريه فكذا في حقيقة الحريه ويستوي فيه المطلق
والمقيد لان معنى التبعيه لا يوجب الفصل **ومنها** ان عتقه يحسب
من ثلث مال المولي وهذا قول عامة العلما وعامة الصحابه وهو
قول سعيد بن جبير وشريح والحسن وبن سيرين **وروي** عن بن
مسعود رضي الله عنه ان عتقه من جميع المال وهو قول النخعي وحماد
وجعلوه كام الولد **ولنا** ما روينا عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث ولان التدبير
وصية والوصيه تعتبر من ثلث المال كساير الوصايا وسوا كان
التدبير في المرض او في الصحه لانه وصية في الحالين وسوا كان التدبير
مطلقا او مقيدا لعموم الحديث الا انه خص منه المقيد في حق البيع
والهبه فيعمل بعمومه في حق الاعتبار من الثلث ولان معنى
الوصيه يوجد في النوعين وانه يقتضي اعتباره من الثلث ويعتبر
ثلث المال يوم موت المولي لان في الوصايا هكذا يعتبر فاذا كان
اعتبار عتقه من ثلث المال فان كان كله يخرج من ثلث مال المولي
بان كان له مال اخر سواه يعتق كله ولا سعاية عليه وان لم يكن له
مال اخر غيره عتق ثلثه ويسعى في الثلثين للورثه **هذا** اذا لم يكن له

على المولى دين فان كان عليه دين يسعى في جميع قيمته في قضا ديون المولى لان الدين
مقدم على الوصيه **ومنها** ان ولا المدبر للمدبر لانه المعتق وقد قال
النبي صلى الله عليه وسلم الولا لمن اعتق ولا ينتقل هذا الولا عن المدبر
وان عتق المدبر من جهة غيره كمدبرة بين اثنين جات بولد فادعاه احدهما
ثبت نسبه منه وعتق عليه وغرم نصيب شريكه من الولد والولا بينهما
لان حق الحريه ثابت في الحال عندنا وانه يثبت حق الولا وهو لا يحتمل
الفسخ وكذا المدبر بين شريكين اعتقه احدهما وهو موسر فضمن عتق
بالضمان ولم يتغير الولا عن الشركه في قول ابي حنيفه رحمه الله لما ذكرنا
فيما تقدم وعلى قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله اذا اعتق احدهما نصيبه
عتق جميعه والولا بينهما **فصل واما** بيان ما يظهر به التدبير
فالتدبير يظهر بما يظهر به الاعتاق البات وهو الاقرار والبينه لانه
اثبات حق الحريه في الحال فيعتبر الحق بالحقيقه وهو اثبات حقيقة الحريه
بعد الموت فيعتبر بالاثبات بالحال وذا يظهر باحد هذين وكذا هذا **اذا**
عرف هذا **فنقول** وبالله التوفيق اذا ادعى المملوك التدبير وانكر
المولى فاقام البينه قبلت بينته بلا خلاف فان لم يدع وانكر التدبير
مع المولى لا يقبل البينه على التدبير من غير دعوى العبد في قول ابي حنيفه
رحمه الله وعندهما تقبل والحجة على نحو ما ذكرنا في الاعتاق البات الا
ان الشهاده على عتق الامة تقبل من غير دعواها بالاجماع والشهاده على
تدبير الامه على الاختلاف لان تدبير الامه لا يوجب تحريم الفرج فلم
تكن الشهاده قايمة على حق الله تعالى ولو شهدا انه دبر احد عبديه بعينه
في الصحه فالشهاده باطله في قول ابي حنيفه رضي الله عنه لان المدعى
مجهول وعندهما تقبل ولو شهدا ان ذلك كان في المرض تقبل عنده استحسانا
والقياس ان لا تقبل وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان في كتاب
العتاق ولو شهدا انه قال هذا حر وهذا مدبر لم تجز شهادتهما في قول
ابي حنيفه رحمه الله لجهالة المدعي ولو شهدا انه قال هذا حر بعد موتي
لا بل هذا كانا جميعا مدبرين ويعتقان بعد موته من ثلثه لانه لما قال
هذا حر بعد موتي فقد صار مدبرا فلما قال لا بل هذا فقد رجع عن الاول
وتدارك بالثاني ورجوعه لا يصح وتداركه صحيح كما اذا قال لاحدي
امراتيه هذه طالق لا بل هذه ولو شهدا انه قال هذا حر البته لا بل
هذا مدبر جازت الشهادة لهما لانه اعتق الاول ثم رجع وتدارك
بالثاني فالرجوع لا يصح ويصح التدارك فصار الاول حرا والثاني مدبرا
ولو شهد احدهما انه دبره وشهد الاخر انه اعتقه البته فالشهادة
باطله لان كل واحد منهما شهد بغير ما شهد به الاخر لفظا ومعنى

اما اللفظ فلا شك فيه **واما** المعنى فلان الاعتاق اثبات اثبات العتق في الحال والتدبير اثبات العتق بعد موت المولى وهما متغايران وليس على كل واحد منهما الا شاهد واحد وكذلك لو شهدا بالتدبير واختلفا في شرطه لانهما شهدا على شيئين مختلفين كما في الاعتاق البات وبالله التوفيق وهو حسبي وكفى

كتاب الاستيلاد

قال رحمه الله **الكلام** في هذا الكتاب يقع في مواضع **في** تفسير الاستيلاد لغة وعرفا **وفي** بيان شرطه **وفي** بيان صفته **وفي** بيان حكمه **وفي** بيان ما يظهر به **اما تفسيره** لغة **فالاستيلاد** في اللغة هو طلب الولد كالاستيهاب والاستيناس انه طلب الهبة والانس **وفي العرف** هو ان تصير الجارية ام ولد يقال فلان استولد جاريته اي صيرها ام ولد **وعلى هذا** قلنا انه يستوي في صيرورة الجارية ام ولد الولد الحي والميت لان الميت ولد بدليل انه يتعلق به احكام الولادة حتى تنقضي به العدة وتصير المراة نفسا وكذا لو سقطت سقطا قد استبان خلقه او بعض خلقه واقر به فهو بمنزلة الولد الحي الكامل الخلق في تصيير الجارية ام ولد لان احكام الولادة تتعلق بمثل هذا السقط وهو ما ذكرنا وان لم يكن استبان شيء من خلقه فالقت مضغة او علقة او نطفة فادعاه المولى فانها لا تصير ام ولد كذا روى الحسن عن ابي حنيفة لان ما لم يستبن خلقه لا يسمى ولدا وصيرورة الجارية ام ولد بدون الولد محال ولانه يحتمل ان يكون دما جامدا او لحما فلا يثبت به الاستيلاد مع الشك وهذا الذي ذكرنا قول اصحابنا رضي الله عنهم **وللشافعي** رحمه الله فيه قولان في قول قال يصب عليه الماء الحار فان ذاب فهو دم وان لم يذب فهو ولد وفي قول قال يرجع فيه الى قول النسا والقولان فاسدان لما ذكرنا في كتاب الطلاق ولو اقر المولى فقال لجاريته حمل هذه الجارية مني صارت ام ولد له لان الاقرار بالحمل اقرار بالولد اذ الحمل عبارة عن الولد **وروي** عن ابي يوسف رحمه الله انه قال اذا قال حمل هذه الجارية مني او قال هي حبلى مني او قال ما في بطنها من ولد فهو مني ثم قال بعد ذلك لم يكن حاملا وانما كان ريحا وصدقته الامة فانهما لا يصدقان وهي ام ولد لانه اقر بحملها والحمل عبارة عن الولد وذلك يثبت لها حرية الاستيلاد فاذا رجع لم يصح رجوعه ولا يلتفت الى تصديقها لان في الحرية حق الله تعالى فلا يحتمل السقوط باسقاط العبد ولو قال ما في بطنها مني ولم يقل من حمل وولد ثم قال بعد ذلك كان ريحا وصدقته لم تصر ام ولد لان قوله ما في بطنها يحتمل الولد والريح فقد تصادقا على اللفظ المحتمل فلم يثبت

الاستيلاد ولو قال المولى ان كانت هذه الجارية حبلى فهو مني فاسقطت سقطا قد استبان خلقه او بعض خلقه صارت ام ولد لما بينا فان ولدت ولدا لاقل من ستة اشهر صارت ام ولد له لان الطريق الى ثبوت نسب الحمل منه هذا لان معنى قوله ان كانت حبلى فهو مني اي اني وطيتها فان حبلت من وطئي فهو مني فاذا اتت بعد هذه المقالة بولد لاقل من ستة اشهر تيقنا انها كانت حاملا حينئذ فيثبت النسب والاستيلاد فان انكر المولى الولد فشهدت عليها امراة لزمه النسب لان الزوج اذا كان اقر بالحبل تقبل شهادة امراة على الولادة على ما ذكرنا في كتاب الطلاق فان جاءت به لستة اشهر فصاعدا لم تلزمه ولم تصر الجارية ام ولد له لانا لا نعلم وجود هذا الحمل في ذلك الوقت لجواز انها حملت بعد ذلك فلا يثبت النسب والاستيلاد بالشك والله اعلم **فصل واما سبب الاستيلاد** وهو صيرورة الجارية ام ولد فقد ذكر اصحابنا له فقد اختلف فيه **قال** اصحابنا رضي الله عنهم هو ثبوت نسب الولد **وقال الشافعي** سببه علوق الولد حرا على الاطلاق بعد اتفاقهم على ان حكم الاستيلاد في الحال هو ثبوت حق الحرية وثبوت حقيقة الحرية بعد موت المولى **والاصل فيه** قوله صلى الله عليه وسلم في جاريته مارية القبطية لما ولدت ابراهيم بن النبي صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها والمراد منه التسبيب اي ولدها سبب عتقها غير انهم اختلفوا في سبب التسبيب فقال اصحابنا هي ثبوت نسب الولد وقال الشافعي هي علوق الولد حرا مطلقا **وجه قوله** ان الولد حر بلا شك وانه جزء الام وحرية الجزء تقتضي حرية الكل اذ لا يحتمل ان يكون الكل رقيقا والجزء حرا كان ينبغي ان يعتق الام للحال الا انه انما لا يعتق لان الولد انفصل منها وحريته على اعتبار الانفصال لا يوجب حرية الام كما لو اعتق الجنين فقلنا بثبوت حق الحرية في الحال وتاخر الحقيقة الى ما بعد الموت عملا بالشبهين **ولنا** ان الوطء المعلق اوجب الجزئية بين المولى والجارية بواسطة الولد لاختلاط المائين وصيرورتهما شيئا واحدا والخلاق الولد منه وكان الولد جزءا لهما وبعد الانفصال عنها ان لم يبق جزءا لها على الحقيقة فقد بقي حكما لثبات النسب ولهذا ينسب كل الام اليه بواسطة الولد يقال ام ولده فلو بقيت حقيقة الحرية لثبتت حقيقة الجزئية للحال فاذا بقيت حكما يثبت الحق على ما عليه وضع ماخذ الحجج في ترتيب الاجماع على قدر قوتها وضعفها والى هذا المعنى اشار عمر رضي الله عنه فقال ابعد ما اختلطت لحومكم بلحومهن

ودما وكربو ما يمن نويد ون بيعهن **ثم** اختلف اصحابنا رضي الله عنهم في كيفية
هذا السبب فقال علماؤنا الثلاثة السبب هو ثبوت النسب شرعا وقال
زفر رحمه الله هو ثبوت النسب مطلقا سوا ثبت شرعا او حقيقة **وبيان**
هذه الجملة في مسايل **اذا** تزوج جارية انسان فاستولدها ثم ملكها
صارت ام ولد له عند اصحابنا لان سبب الاستيلاد هو ثبوت النسب
وقد ثبت فتحقق السبب الا انه توقف الحكم على وجود الملك لتعذر اثبات
حكمه وهو حق الحرية في غير الملك كما يتعذر اثبات الحقيقة في غيره فتاخر
الحكم الي وقت الملك **وعند الشافعي** لا تصير ام ولد له وهو قول ابرهيم
النخعي لان السبب عنده علوق الولد حرا علي الاطلاق ولم يوجد لان الولد
رقيق في حق مولاه واذا ملك ولدها الذي استولده عتق عليه بالاجماع
اما عندنا فلانه ملك ذا رحم محرم منه فيعتق **واما** عنده فلانه ملك
ولدا ثابت النسب منه شرعا وكذلك اذا ثبت النسب من غير ما لكه الجاريه
بوطي بشبهة ثم ملكها فقد صارت ام ولد له حين ملكها عندنا لوجود
السبب وعنده لا لانعدام السبب ولو ملك الولد عتق لما قلنا ولو زنا
بجارية فاستولدها بان قال زنيت بها وفجرت بها او قال هو ابني
من زنا او فجور وصدقه مولاها فولدت ثم ملكها لم تصر ام ولد له عند
اصحابنا الثلاثة وهو استحسان والقياس ان تصير ام ولد له **وهو**
قول زفر رحمه الله بنا علي ان السبب عنده ثبوت النسب مطلقا وقد
ثبت النسب حقيقة بدليل انه لو ملك الولد عتق عليه بلا خلاف بين
اصحابنا والسبب عند اصحابنا الثلاثة هو ثبوت نسب الولد شرعا
ولم يثبت **فصل واما شرطه** فما هو شرط ثبوت النسب شرعا
وهو الفراش ولا فراش الا بملك اليمين او شبهته او تاويل الملك او ملك
النكاح او شبهته ولا تصير الامة فراشا في ملك اليمين بنفس الوطي
بل بالوطي مع قرينة الدعوى عندنا **وهي** من مسايل كتاب الدعوى
فلا يثبت الاستيلاد بدون الدعوه **و**يستوي في الاستيلاد ملك
القنة والمدبره لاستوايهما في ثبات النسب الا ان المدبره اذا
صارت ام ولد بطل التدبير لان امية الولد انفع لها **الا ترى**
ان ام الولد لا تسعى لغريم ولا لوارث والمدبره تسعى ويستوي في
ثبات النسب ملك كل الجاريه وبعضها وكذا في الاستيلاد حتى ان
جارية بين اثنين علقت في ملكهما فجات بولد فادعاه احدهما
ثبت نسبه منه وصارت الجارية كلها ام ولد له بالضمان وهو
نصف قيمة الجاريه ويستوي في هذا الضمان اليسار والاعسار
ويغرم نصف العقر لشريكه ولا يضمن من قيمة الولد شيا **اما**

ثبوت

ثبوت النسب فلحصول الوطي في محل له فيه ملك لان ذلك القدر من
الملك اوجب ثبوت النسب بقدره والنسب لا يتجزى واذا ثبت في بعضه
يثبت في الكل ضروره عدم التجزى ولان النسب يثبت بشبهة الملك فلان
يثبت بحقيقة الملك اولي **واما** صيرورة الجاريه كلها ام ولد له
فالنصف فصبه للسبب لان نصف الجاريه مملوك له والنصف الاخر
اما باعتبار ان الاستيلاد لا يتجزى فيما يمكن نقل الملك فيه فاذا ثبت
في البعض ثبت في الكل لضروره عدم التجزي **واما** باعتبار انه وجد
سبب التكامل وهو النسب مع كونه متكاملا متجزيا في نفسه لان
سبب الاستيلاد هو ثبوت النسب والنسب لا يتجزى والحكم يثبت
علي وفق العله فيثبت الاستيلاد في نصيبه قضية لكمال السبب
ثم يتكامل في الباقي بسبب النسب **واما** باعتبار سبب اخر اوجب
التكامل علي ما عرف في الخلافيات ثم لا سبيل الي التكامل بدون
نصيب شريكه فيصير متملكا نصيب شريكه ضرورة صحة الاستيلاد
في ذلك النصيب ولا سبيل الي تملك مال الغير من غير بدل فيتملكه
بالبدل وهو نصف قيمتها وانما استوي في هذا الضمان حالة اليسار
والاعسار لانه ضمان تملك كضمان المبيع **واما** وجوب نصف العقر
فلوجود الاقرار منه بوطي ملك الغير وانه حرام الا ان الحد لم يجب
لمكان الشبهه لحصول الوطي في ملكه وملك شريكه فلا بد من وجوب
العقر ولا يدخل العقر في ضمان القيمه لان ضمان نصف القيمة
ضمان الجزو وضمان البضع ضمان الجزو ولان منافع البضع
لها حكم الاجزا وضمان الجزو لا يدخل في مثله **واما** عدم
وجوب نصف قيمة الولد فلانه يملك نصيب شريكه بالعلوق
السابق فصار الولد حادثا علي ملكه فلا يكون مضمونا عليه ولان
الولد في حال العلوق لا قيمة له فلا يتقابل بالضمان ولانه كان
بمنزلة الاوصاف فلا يفرد بالضمان ويستوي في ثبوت النسب
وصيروره الجاريه ام ولد ملك الذات وملك اليد كالمكاتب
اذا استولد جارية من اكسابه علي ما نذكر في كتاب الدعوى
ان شا الله تعالي ويستوي في دعوة النسب حالة الصحة والمرض
لان النسب من الحوايج الاصليه وكذلك اذا ادعاه احدهما
واعتقه الاخر وخرج القول منهما معا فعتقه باطل ودعوة
صاحبه اولي لان الدعوه استندت الي حال متقدمه وهي العلوق
والعتق وقع في الحال فصارت الدعوه اسبق من الاعتاق فكانت
اولي وان ادعياه جميعا فهو ابنهما والجارية ام ولد لهما تخدم لهذا

يوما ولذاك يوما ولا يضمن واحد منهما من قيمة الام لصاحبه شيا ويضمن
كل واحد منهما نصف العقر فيكون قصاصا اما ثبوت النسب منهما
فمذهبنا وعند الشافعي رحمه الله يثبت من احدهما ويتعين بقول القافه
وهي من مسايل كتاب الدعوي واما صيرورة نصيب كل واحد منهما
من الجارية ام ولد له فلثبوت نسب ولدها منه قصارا كانه انفرد
بالدعوه وانما لا يضمن احدهما للاخر شيا من قيمة الام لان نصيب كل
واحد منهما لصاحبه لم ينتقل الى شريكه وانما ضمن كل واحد منهما
لصاحبه نصف العقر لوجود سبب وجوب الضمان وهو الاقرار بالوطي
في ملك الغير فيصير احدهما قصاصا بالاخر لعدم الفايده
والاستيفا وكذلك لو كانت الجاريه بين ثلثه او اربعه او
خمسه فادعوه جميعا معا ثبت نسبه منهم وتصير الجارية ام ولد
لهم في قول ابي حنيفه رحمه الله وعند ابي يوسف رحمه الله لا يثبت
النسب من اكثر من اثنين وعند محمد رحمه الله من اكثر من ثلثه
وتذكر الحجج في كتاب الدعوي وان كانت الانصبا مختلفه بان
كان لاحدهم السدس وللاخر الربع وللاخر الثلث وللاخر ما بقي
يثبت نسبه منهم ويصير نصيب كل واحد منهم من الجاريه ام ولد
لا يتعدي الى نصيب صاحبه حتى يكون الخدمه والنسب والغله بينهم
على قدر انصبايهم لان كل واحد منهم ثبت الاستيلاد منه في نصيبه
فلا يجوز ان يثبت فيه استيلاد غيره ولو كانت الامه بين الاب
والابن فجات بولد فادعياه جميعا معا او كانت بين حر وعبد
فادعياه او بين حر ومكاتب او بين مكاتب وعبد او بين مسلم
وذمي او بين كتابي ومجوسي او بين عبد مسلم او مكاتب مسلم او بين
حر كافر او بين ذمي ومرتد فحكمه يذكر في كتاب الدعوي ان شا الله
هذا اذا كان العلوق في ملك المدعيين فان لم يكن بان اشترياها
وهي حامل فجات بولد فادعاه احدهما او كلاهما فهو من مسايل
الدعوي يذكر هناك ان شا الله تعالي وكذا اذا ولدت الجاريه
المشتركه بين اثنين ولدين فادعي كل واحد منهما ولدا ولدتهما
في بطن او بطنين والدعوتان خرجتا معا او على التعاقب وكذا
اذا ولدت جارية لانسان ثلاثة اولاد فادعي احدهم وهم ولدوا
في بطن واحد او في بطون مختلفه فادعي المولي احدهم بعينه او
بغير عينه فحكم هذه الجمله في كتاب الدعوى وكذا دعوة الاب نسب
ولد جارية ابنه مع فروعها ودعوة اللقيط مع فصولها تذكر
ثمه ان شا الله **امة** بين رجلين اقر احدهما انها ام ولد لصاحبه

وانكر ذلك صاحبه قال ابو حنيفه رحمه الله تعالي يبطل حق الشاهد في
رقبتها موسرا كان المشهود عليه او معسرا وتخدم المشهود عليه يوما وترفع
عنها يوما فان مات المشهود عليه سعت لورثته وكانت في حال السعايه
كالمكاتبه فان ادت عتقت وكان نصف ولاها للمشهود عليه والنصف
لبيت المال وهو قول ابي يوسف الاخر وقال محمد رحمه الله يسعى الساعه
في نصف قيمتها للمشهود عليه فاذا ادت فهي حرة لا سبيل لاحد عليها
وجه قوله ان المقر قد انسد على شريكه ملكه باقراره لانه لما لم
يصدقه الشريك انقلب اقراره على نفسه كمن اشترى عبدا
ثم اقر ان البايع كان قد اعتقه وانكر البايع انه ينقلب اقراره
عليه ويجعل معتقا كذا ههنا واذا انقلب اقراره على نفسه
صار مقرا بالاستيلاد في نصيبه ومتى ثبت في نصيبه يثبت في
نصيب صاحبه لكن لا سبيل الي تضمينه لان شريكه قد كذبه في
اقراره فكان لشريكه السعايه كما لو اعتق المقر نصيبه وهو معسر
واذا سعت في نصيبه وعتق نصيبه يعتق الكل لعدم التجزي
عنده **وجه قولهما** ان المقر بهذا الاقرار يدعي الضمان على
المنكر بسبب تملك الجاريه لان الاستيلاد لا يتجزي فيما يحتمل النقل
والملك ويجب على الشريك فيه الضمان في حالة اليسار والاعسار
ودعوي الضمان يوجب براة الامه عن السعايه فيبطل حقه في رقبتها
ويبقي حق المنكر في نصيبه كما كان ولان المقر لا يخلو ان كان صادقا
في اقراره واما ان كان فيه كاذبا فان كان صادقا كانت الجاريه
كلها ام ولد لصاحبه فيسلم له كمال الاستخدام وان كان كاذبا
كانت الجاريه بينهما على ما كانت قبل الاقرار فنصف الخدمه ثابته
للمنكر بيقين واعتبار هذا المعني يوجب ان لا سعاية عليها ايضا
فاما المقر فقد اسقط حق نفسه عن الخدمه لزعمه ان كل الخدمه
لشريكه الا ان شريكه لما رد عليه بطلت خدمة اليوم وبيع هذه
الجاريه متعذر لان الشاهد اقر انها ام ولد حين ما اقر كان
له فيها في الظاهر فينفذ اقراره في حقه واذا مات المشهود
عليه فانها تسعي في نصف قيمتها لورثته لان في زعم الشاهد انها
عتقت بموت صاحبه لزعمه انها ام ولد صاحبه والامة المشتركه
بين اثنين اذا اقر احدهما على شريكه بالعتق كان له عليها السعايه
وان كذبه صاحبه في الاقرار كذا ههنا ونصف الولا للمشهود
عليه لانها عتقت على ملكه وهنا ووقف النصف الاخر لان المقر
اقر انه للمشهود عليه والمشهود عليه رد عليه اقراره فلا يعرف لهذا

النصف مستحق مجهول فيكون لبيت المال فان جات بولد فقال احدهما هو
بن الشريكين وانكر الشريك فالجواب في الام كذلك **واما** الولد فيعتق
ويسعي في نصف قيمته للمشهود عليه لان الشريك المقر اقر بحرية الولد
من جهة شريكه واحد الشريكين اذا شهد على الاخر بالعتق وانكر الاخر
سعي العبد للمشهود عليه **وفي** مسيلتنا لا يسعي للشاهد لانه اقره
انه حر الاصل وانه لا سعاية له عليه **ونظير** هذه المسله **ما روي**
بشر عن ابي يوسف في جارية بين شريكين ادعي احدهما ان شريكه دبرها
وانكر الشريك فان ابا حنيفه رحمه الله يقول الشاهد بالخيار ان شا
دبر فخدمته يوما والاخر يوما وان شا استسعاها في نصف قيمتها
فسعت له يوما وخدمت الاخر يوما فاذا ادت فعتقت سعت للاخر
وكان قول ابي يوسف في ذلك ايضا كام الولد ثم رجع وقال يوقف
كما قال ابو حنيفه رحمه الله الا في تبعيض التدبير وقال محمد رحمه الله ه
يسعي الساعه **وجه قول محمد** على نحو ما ذكرنا في الاستيلاد وهو ان
الشريك لما لم يصدقه في اقراره عليه انقلب عليه اقراره وثبت التدبير
في نصيبه وانه يتعدي الي نصيب المنكر لعدم تجزي التدبير عنده
فقد افسد نصيب المنكر وتعذر ايجاب الضمان عليه للمنكر لتكذيبه
اياه فتسعي الجارية له كما انشا التدبير في نصيبه ومن اصل ابي حنيفه ه
رحمه الله ان التدبير يتجزي فلا يصير باقراره بالتدبير على صاحبه
مدبرا كما لو دبر احد الشريكين نصيبه انه يبقي نصيب الاخر على حاله
وله التدبير والاستسعا والترك على حاله الا ان ههنا لو اختار
السعايه فانما يستسعيها يوما ويتركها يوما لانه لا يملك جميع ه
منافعها فلا يملك ان يستسعي الا على مقدار حقه فاذا ادت عتق
نصيبه ولا يسعي للمنكر في نصيبه لانه افسد نصيبه ولتعذر تضمين
المقر فكان له ان يستسعي وابو يوسف رحمه الله وافق ابا حنيفه ه
رحمه الله الا انه يقول ان التدبير يتجزي فهو عنده بدعوي التدبير
على الشريك يدعي الضمان عليه معسرا كان او موسرا فكان مبريا
الامه عن السعايه فلم يبق له حق الاستسعا ولا حق الاستخدام
فيتوقف نصيبه والله اعلم **وروى** بن سماعه عن ابي يوسف رحمه الله
انه ان شهد كل واحد منهما بالتدبير على صاحبه او شهد كل واحد
منهما على صاحبه بالاستيلاد فلا سبيل لواحد منهما على صاحبه ولا
على الامه موسرين كانا او معسرين لان كل واحد منهما يدعي حق ه
الحريه من جهته وابرا الامه من السعايه وادعي الضمان على شريكه
وهذا قول ابي حنيفه وابي يوسف رحمهما الله **فاما** محمد رحمه الله نوافق

ابا حنيفه في هذا الفصل لان كل واحد من الشريكين ههنا ابرا الامه
من السعايه وادعي الضمان على شريكه **وروي** المعلي عن ابي يوسف رحمه الله
في عبد بين شريكين قال احدهما للاخر هذا ابني او ابنك او ابني فقال
الاخر صدقت فهو ابن المقر خاصة دون المصدق وكذلك قال
محمد في الزيادات في صبي لا يعقل في يد رجلين قال احدهما للاخر
هو ابني وابنك وانما كان كذلك لانه لما قال هو ابني فكما قال ذلك
ثبت نسبه منه لوجود الاقرار منه بالنسب في ملكه فلا يحتمل التحول
من غيره بعد ذلك قال محمد رحمه الله لو قال هذا ابنك وسكت فلم
يصدقه صاحبه حتي قال هو ابني معك فهو موقوف فان قال صاحبه
هو ابني دونك فهو كما قال لانه لما اقر له بالنسب ابتدا وسكت ه
فقد استقر اقراره ووقف على التصديق فقوله بعد ذلك وهو
ابني يتضمن ابطال الاقرار فلا يسمع فاذا وجد التصديق من
المقر له ثبت النسب منه قال فان قال المقر له ليس بابني ولكنه
ابنك او قال ليس بابني ولا ابنك او قال ليس بابني وسكت
فليس بابن لواحد منهما في قياس قول ابي حنيفه رحمه الله وقال
محمد ان صدقه فهو ابن المقر له وان كذبه فهو ابن المقر فهذا فرع
اختلافهم فيمن اقر لعبد انه ابن فلان وكذبه المقر له وادعاه
المولي انه لم تصح دعوته في قول ابي حنيفه وفي قولهما يصح **وجه
قولهما** انه لما كذبه المقر له فقد بطل اقراره كما في الاقرار بالمال
واذا ابطل اقراره التحق بالعدم ان يدعيه لنفسه **وجه قول
ابي حنيفه** انه لما اقر بالنسب لغيره فقد زعم انه ثابت النسب
منه في حقه لا في حق الشريك بل بقي ثابت النسب منه في حقه فاذا
ادعي ولدا هو ثابت فتكذيبه ينفي ثبوت النسب منه في حقه لا
في حق الشريك بل بقي ثابت النسب من الغير في حقه فلا تسمع
دعواه ولو قال هو ابني وابنك فهو من الثاني لانه لما قال هو
ابني فقد صدقه فثبت نسبه منه فاقراره بعد ذلك بقوله ه
وابنك لم يصح قال محمد رحمه الله فان كان هذا الغلام يعقل ه
فالمرجع الي تصديقه لانه اذا كان عاقلا كان في يد نفسه
فلا تقبل دعوي النسب عليه من غير تصديقه قال وان كان
الولد ابن امة ولدته في ملكهما فالجواب كالاول في النسب ان
على قول ابي حنيفه لا يثبت من المقر بعد اعترافه لشريكه وعلي
قولهما يثبت قال والامه ام ولد لمن ثبت النسب منه لان الاستيلاد
يتبع النسب **ومن هذا النوع** ما اذا اشتري رجلان جاريه

وصدقه صاحبه

جارية فجاءت بولد في ملكهما لستة اشهر فصاعدا وادعى احدهما ان الولد
ابنه وادعى الاخر ان الجارية بنته وخرجت الدعوتان معا فالدعوة
دعوة من يدعي الولد ودعوة مدعي الام باطلة لان مدعي الولد
دعوته دعوة استيلاد والاستيلاد يستند الى وقت العلوق
ومدعي الام دعوته دعوة تحرير والتحرير يثبت في الحال ولا يستند
فكانت دعوة مدعي الولد سابقة فيثبت نسب الولد منه ويصير
نصيبه من الجارية ام ولد له وينتقل نصيب شريكه منها اليه
فكان دعوى الشريك دعوى فيما لا يملك فلا يسمع وهل يضمن
مدعي الولد نصف قيمة الام ونصف عقرها قال محمد رحمه الله
يضمن وذكر في الجامع الكبير ان هذا قياس قول ابي حنيفة رحمه الله
وهي رواية بشر بن الوليد الكندي عن ابي يوسف **وروى**
بن سماعة عن ابي يوسف رحمه الله انه لا شي على مدعي الولد من قيمة
الام من قيمة الام ولا من قيمة العقر ولا شي لذا ايضا على مدعي
الام فان اكذب مدعي الام نفسه فله نصف قيمة الام ونصف قيمة
عقرها على مدعي الولد وذكر الطحاوي رحمه الله ان هذا القول
اقيس **ووجهه** ان مدعي الام اقر لها بحرية الاصل فكان منكرا
ضمان القيمة والعقر فلا يثبت له حق التضمين فان رجع عن دعواه
واكذب نفسه ثبت له حق الضمان الذي اعترف به له شريكه
وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ~~ان مدعي الام اقر لها بحرية الاصل~~
ومحمد رحمهما الله واحدى الروايتين عن ابي يوسف انه لما ثبت نسب
الولد من المدعي فقد صار نصيبه من الجارية ام ولد له فكذا
نصيب شريكه لعدم تجزي الجارية في حق الاستيلاد فيما يحتمل النقل
فصار متملكا نصيب شريكه عليه ولا يجوز تملك مال الغير الا
بعوض فيضمن لشريكه نصف قيمة الام ويضمن له نصف عقر الجارية
ايضا لان الوطي لاقاها ونصفها مملوك لشريك فما صادف ملك
غيره يجب به العقر **واما** قوله ان مدعي الام اقر لها بحرية الاصل
فالجواب من وجهين **احدهما** انه لما قضي بكونها ام ولد للمدعي
فقد صار مكذبا شرعا فبطل كما لو ادعى المشتري انه اشترى الدار
بالف وادعى البايع البيع بالفين واقام البايع البينة وقضى
القاضي بالالفين على المدعي عليه ان الشفيع ياخذها بالالفين
من المشتري وان سبق من المشتري الاقرار بالشرا بالف لما انه
كذب شرعا كذا هذا **والثاني** ان اقراره بحريتها وجد بعد ما حكم بزواله
عن ملكه لانها جعلت زايلة عنه من وقت العلوق فلم يصح اقراره

ابرا

ابرا اياه عن الضمان كما في مسيلة الشفيع **ومن** مسايل دعوى الولد
اذا كاتب الرجل امته فجاءت بولد ليس له نسب معروف فادعاه المولى
ثبت نسبه منه صدقته ام كذبته وسوا جاءت بالولد لستة اشهر
ام لاكثر او لاقل فان نسب الولد يثبت على كل حال اذا ادعاه
لان المكاتبة باقية على ملك المولى فكان ولدها مملوكا له ودعوة
المولى ولد امته لا يتوقف على صحتها على التصديق ويعتق الولد لان
نسبه ثبت من المولى ولا ضمان عليه فيه لان غرض المكاتبة من
الكتابة عتقها وعتق اولادها وقد حصل لها هذا الغرض فلا
يضمن لها شيا ثم ان جاءت بالولد لاكثر من ستة اشهر فعليه العقر
لانه تبين ان الوطي حصل في حال الكتابة وان جاءت به لاقل من
ستة اشهر منذ كاتبها فلا عقر عليه لانه علم ان وطيها قبل الكتابة
والمكاتبة بالخيار ان شاءت مضت على كتابتها وان شاءت تعجزت
لان الحرية توجهت اليها من جهتين ولها في كل واحد منهما غرض
صحيح لان بالكتابة يتعجل لها الحرية وبالاستيلاد يسقط عنها
السعاية فكان التخيير مفيدا فكان لها ان تختار ايهما شاءت وان
ادعى المولى ولد جارية المكاتب له وقد علقت به في ملك المكاتب
فانه يرجع الى تصديق المكاتب وان كذبه المولى لم يثبت نسب الولد
ولا تصير الجارية ام ولد له وكانت الجارية وولدها مملوكين
وان صدقه كان الولد ابن المولى وعليه قيمته يوم ولد وذكر
محمد رحمه الله في الزيادات ولم يحك خلافا وكذا في الدعاوى
الا انه قال استحسن ذلك اذا كان الحبل في ملك المكاتب وهذا
يشير الى ان القياس ان لا يعتق الولد وان صدقه المكاتب
وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله **وروى** بن سماعة في نوادره
عن ابي يوسف رحمه الله ان المولى يصدق بغير تصديق المكاتب
وجه القياس انه لما لم يقبل قوله بغير تصديق فكذا مع
التصديق لان المكاتب لا يملك التحرير بنفسه فلا يملك التصديق
بالتحرير لحريته ايضا **وجه الرواية الاخرى** لابي يوسف ان حق
الرجل في مال مكاتبه اقوى من حقه في مال ولده فلما ثبت النسب
في جارية الابن من غير تصديق فههنا اولى **وجه ظاهر الرواية**
ان حق المكاتب في كسبه اقوى من حق المولى بدليل انه لا يملك النزع
من يده فكان المولى في حق ملك التصرف في مال المكاتب بمنزلة
الاجنبي فيتوقف صحة دعوته على تصديق المكاتب فان صدقه
كان الولد ابن المولى وعليه قيمته يوم ولد لانه يشبه ولد المغرور

ولثبوت الحكم الملك في الامر من وجه دون وجه لان ملك الذات ثابت في
المكاتب للمولى وملك التصرفات للمكاتب كالمغرور انه ثبت له الملك
في الامة ظاهرا وللمستحق حقيقة وولد المغرور حر بالقيمة قال محمد في الزيادات
اذا اشترى المكاتب امة حاملا فادعى مولاها ولدها او اشترى عبدا
صغيرا فادعاه لم تجز دعوته الا بالتصديق كما في المسئلة الاولى
الا ان هناك اذا صدقه يثبت النسب ويعتق وههنا اذا صدقه
المكاتب ثبت نسبه ولا يعتق لان تلك الدعوة دعوة استيلاد
لاقترا العلوق في الملك فكانت دعوة تحرير والمولى لا يملك **الا ترى**
انه لو اعتقه لا يصح الا ان النسب يثبت وليس من ضرورة ثبوت
النسب ثبوت العتق الا ان يرى ان من ادعى ولد امة اجنبي فصدقه
مولاه يثبت النسب ولا يعتق في الحال كذا ههنا **فصل**

واما صفة الاستيلاد فالاستيلاد لا يتجزى عند ~~ابي حنيفة رحمه الله~~
ابي يوسف ومحمد رحمهما الله كالتدبير وعند ابي حنيفة رحمه الله هو
متجز الا انه قد يتكامل عند وجود سبب التكامل وقيل انه لا يتجزى
عنده ايضا لكن فيما يحتمل نقل الملك فيه واما فيما لا يحتمل فهو متجز
عنده **وبيان هذا** ما ذكرنا فيما تقدم في الامة القنة بين
اثنين جاءت بولد فادعاه احدهما ان كلها صارت ام ولد له
وان ادعياه جميعا صارت ام ولد لهما جميعا ثم ام الولد الخالصة
اذا اعتق المولى نصفها عتق كلها بالاجماع وكذا اذا كانت
بين اثنين فاعتق احدهما نصيبه عتق جميعا بلا خلاف لكن
عندهما لعدم تجزي الاعتاق **وعنده** لعدم الفائدة في بقاء حكم
الاستيلاد في الباقي لا باعتاقه كما في الطلاق والعفو عن القصاص
على ما بينا في كتاب العتاق ولا ضمان على الشريك المعتق
ولا سعاية عليها في قول ابي حنيفة رحمه الله وستاتي المسئلة
في موضعها ان شاء الله تعالى **والفرق** بين المدبر وام الولد في
هذا الحكم ان شاء الله تعالى ولو كانت مدبرة صار نصيب المدعي
ام ولد له ونصيب الاخر يبقى مدبرا على حاله ولو كاتب مكاتبة
بين اثنين صار نصيب المدعي ام ولد عند ابي حنيفة وتبقى
الكتابة وعندهما يصير الكل ام ولد للمدعي وينفسخ الكتابة
في النصف وهي من مسائل كتاب المكاتب **فصل**

واما حكم الاستيلاد فنوعان ايضا كحكم التدبير **احدهما** يتعلق
بحال حياة المستولد **والثاني** يتعلق بما بعد موته **اما الاول**
فما ذكرنا في التدبير وهو ثبوت حق الحرية عند عامة العلماء وقال

بشر بن غياث المريسي وداود بن علي بن خلف الاصبهاني لا حكم له في الحال
وعلى هذا ينبني جملة من الاحكام فلا يجوز بيع ام الولد عندنا وعند العامة
وعندهما يجوز **واحتجا** بما روي عن جابر بن عبد الله انه قال كنا نبيع امهات
الاولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانها مملوكة له
بدليل انه يحل له وطيها ولا يحل الوطي الا في الملك وكذا يصح اجارتها
وكتابتها واذا كانت مملوكة له فيجوز بيعها كبيع القنة **ولنا** ما روي عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ام الولد لا تباع ولا توهب
وهي حرة من جميع المال وهذا نص في الباب **وروي** عن ابن عباس عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في ام ابراهيم اعتقها ولدها
فظاهره يقتضي ثبوت حقيقة الحرية للحال اذ الحرية من كل وجه الا
انه تاخر ذلك الى ما بعد الموت بالاجماع فلا اقل من انعقاد سبب الحرية
او الحرية من كل وجه وكل ذلك يمنع جواز البيع **وروي** ان سعيد
بن المسيب سئل عن بيع امهات الاولاد فقال ان الناس يقولون
ان اول من امر بعتق امهات الاولاد عمر بن الخطاب وليس كذلك لكن
النبي صلى الله عليه وسلم اول من اعتقهن ولا يجعلن في الثلث
ولا يستسعين في دين **وعن** سعيد بن المسيب ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم امر بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في الدين ولا
يجعلن في الثلث وكذا اجمع التابعون على انه لا يجوز بيع ام الولد
وكان قول بشر واصحاب الظواهر مخالفا للاجماع فيكون باطلا
ومن مشايخنا رضي الله عنهم من قال عليه اجماع الصحابة ايضا لما
روي عن علي انه سئل عن بيع امهات الاولاد فقال كان رايي وراي
عمر ان لا يبعن ثم رايت بيعهن فقال له عبيدة السلماني رايك مع
الجماعة احب الي من رايك وحدك **وفي** رواية اخرى قال علي اجمع
رايي وراي عمر في ناس من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
على عتق امهات الاولاد ثم رايت بعد ذلك ان يبعن في الدين فقال
عبيدة رايك في الجماعة احب الي من رايك وحدك في الفرقة فقول عبيدة
في الجماعة اشار الى سبق الاجماع من الصحابة ثم بدا لعلي فيحمل خلافه
على انه كان لا يرى استقرار الاجماع ما لم ينقرض العصر
ومنهم من قال كانت المسئلة مختلفة بين الصحابة فكان علي وجابر
يريان بيع ام الولد **لكن** التابعين رضي الله عنهم اجمعوا على انه لا يجوز
والاجماع المتاخر يرفع الخلاف المتقدم عند اصحابنا لما عرف في اصول
الفقه ولان ام الولد تعتق عند موت السيد بالاجماع ولا سبب
سوى الاستيلاد السابق فعلم انه انعقد سببا للحال لثبوت الحرية

بعد الموت وانه يمنع جواز البيع لما بينا في التدبير **واما** حديث جابر رضي الله عنه انه اراد بالبيع الاجارة لانها تسمى بيعا في لغة اهل المدينة ولانها بيع في الحقيقة لكونها مبادلة شيء مرغوب **و**يحتمل انه كان في ابتدا الاسلام حين ماكان بيع الحر مشروعا ثم انتسخ بانتساخه فلا يكون حجة مع الاحتمال **واما** قوله انها مملوكة للمستولد فنعم لكن هذا لا يمنع انعقاد سبب الحرية من غير حرية اصلا وراسا **و**هذا القدر يكفي من جواز البيع لما ذكرنا في كتاب التدبير وسوا كان المستولد مسلما او كافرا مرتدا او ذميا او مستامنا خرج الى دارنا ومعه ام ولده لا يجوز له بيعها لانها ام ولده لان امية الولد تتبع ثبات النسب والكفر لا يمنع ثبوت النسب ولما دخل المستامن دار الاسلام بامان فقد رضي بحكم الاسلام ومن حكم الاسلام ان لا يجوز بيع ام الولد وكذلك كل تصرف يوجب بطلان حق الحرية الثابتة لها بالاستيلاد لا يجوز كالهبة والصدقة والوصية والرهن لان هذه التصرفات توجب زوال ملك العين فيوجب بطلان هذا الحق وما لا يوجب بطلان هذا الحق فهو جائز كالاجارة والاستخدام والاستكساب والاستغلال والاستمتاع والوطي لانها تصرف في المنفعة لا في العين والمنافع مملوكة له والاجرة والكسب والغلة والعقر للمولى لانها بدل المنفعة والمنافع على ملكه وكذا ملك العين قائم لان العارض وهو التدبير لم يؤثر الا في ثبوت حق الحرية من غير حرية فكان ملك العين قائما لان العارض وهو التدبير وانما الممنوع عنه تصرف يبطل هذا الحق وهذه التصرفات لا تبطله وكذا الارش له لانه بدل جزو وهو ملكه وله ان يزوجها لان التزوج تمليك المنفعة ولا ينبغي ان يزوجها حتى يستبريها بحيضة لاحتمال انها حملت منه فيكون النكاح فاسدا ويصير الزوج بالوطي ساقيا ماءه زرع غيره فكان التزوج تعريضا للفساد فينبغي ان يتحرز عن ذلك بالاستبرا لكن هذا الاستبرا ليس بواجب بل هو مستحب كاستبرا البايع ولو زوجها فولدت لاقل من ستة اشهر فهو من المولى والنكاح فاسد لانه تبين انه زوجها وفي بطنها ولد ثابت النسب منه فان ولدت لاكثر من ستة اشهر فهو ولد الزوج لان الزوج له فراش والولد للفراش على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا فراش للمولى لزوال فراشه بالنكاح فان ادعاه المولى وقال هذا ابني لا يثبت نسبه منه لسبق ثبوته من غيره وهو الزوج فلا يتصور ثبوته فلا تصح دعوته لكنه يعتق عليه لانه في ملكه وقد اقر بحريته فيعتق عليه وان لم يثبت نسبه منه كما لو قال لعبده هذا ابني وهو معروف النسب من الغير

و

ونسب الولد ام الولد يثبت من المولى من غير دعوى الا اذا حرمت عليه حرمة مؤبدة فجاءت بولد لستة اشهر من وقت الحرمة او زوجها فجاءت بولد لستة اشهر من وقت التزوج فلا يثبت نسبه الا بالدعوة وانما قلنا انه يثبت نسب ولدها من المولى من غير دعوة عند عدم الحرمة المؤبدة والنكاح لانها صارت فراشا بثبوت نسب ولدها والولد المولود على الفراش يثبت نسبه من غير دعوة **قال** النبي صلى الله عليه وسلم الولد للفراش بخلاف الامة القنة والمدبرة لانه لا يثبت نسب ولدها وان حصنها المولى وطلب ولدها بدون الدعوة عندنا فلا تصير فراشا بدون الدعوة **ثم** انما يثبت نسب ولد ام الولد بدون الدعوة دون ولد القنة والمدبرة لان الظاهر ان ولد ام الولد من المولى لانه لا يتحرز من الاعلاق اذا لتحرز لخوف فوات مالية وقد حصل ذلك منه فالظاهر انه لا يعزل عنها بل يعلقها فكان الولد منه من حيث الظاهر فلا تقع الحاجة الى الدعوة بخلاف القنة والمدبرة فان هناك الظاهر انه لا يعلقها بل يعزل عنها تحرزا عن اتلاف المالية فلا يعلم انه منه الا بالدعوة فلا يثبت النسب الا بالدعوة **فهو الفرق** والله اعلم فان صارت ام الولد محرمة على المولى على التابيد بان وطيها ابن المولى او ابوه او وطي المولى امها او ابنتها فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر لم يثبت نسب الولد الذي اتت به بعد التحريم من غير دعوة لان الظاهر انه ما وطيها بعد الحرمة فكان حرمة الوطي كالنفي دلالة وان ادعى يثبت النسب لان الحرمة لا تزيل الملك **وذكر** القدوري رحمه الله في شرحه لمختصر الكرخي اصلا فقال اذا حرمت ام الولد بما يقطع نكاح الحرة ويزيل فراشها مثل المسايل التي ذكرنا لا يثبت نسب ولدها من مولاها الا ان يدعيه لان فراش الزوجة اقوى من فراش ام الولد وهذه المعاني تقطع فراش الزوجة فلان تقطع فراش ام الولد اولى وكذلك اذا زوجها فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر لانها صارت فراشا للزوج فيستحيل ان يصير فراشا لغيره الا انه اذا ادعى تعتق عليه كما اذا قال لعبد وهو معروف النسب من الغير هذا ابني وان حرمت عليه بما لا يقطع نكاح الحرة ولا يزيل فراشها مثل الحيض والنفاس والاحرام والصوم يثبت نسب ولدها منه لان تحريم عارض لا يغير الحكم الفراش وللمولى ان ينفي ولد ام الولد من غير لعان اما النفي فلانه يملك العزل عنها بغير رضاها فاذا اخبر عن ذلك فقد اخبر عما يملك فكان مصدقا واما النفي من غير لعان فلان فراش

ام الولد اضعف من فراش الحرة **وهذا** اصل يذكر في كتاب الدعوى ان الفروش
ثلاثة **قوي** وضعيف ووسط **فالقوي** هو فراش النكاح حتى يثبت النسب
فيه من غير دعوة ولا ينتفي الا باللعان **والضعيف** فراش الامة حتى لا يثبت
النسب فيه من غير دعوة وينتفي من غير لعان لانه يحتمل الانتقال بالتزويج
فيحتمل الانتقال بالنفي بخلاف فراش الزوج ثم انما ينتفي بالنفي اذا لم يقض
به القاضي او لم تتطاول المدة فلا ينتفي لانه يتاكد بقضاء القاضي فلا
يحتمل النفي بعد ذلك وكذا التطاول المدة من غير نفي ظهور النفي اقرار منه
دلالة والنسب المقر به لا ينتفي بالنفي ولم يقدر ابو حنيفة رحمه الله
لتطاول المدة تقديرا وابو يوسف ومحمد رحمهما الله قدراه بمدة النفاس
اربعين يوما وقد ذكرناه في اللعان وولد ام الولد من غير مولاها
بمنزلة الام بان تزوج ام ولده فولدت ولدا لستة اشهر فصاعدا من
وقت التزوج لان الولد يتبع الام في الرق والحرية وقد ثبت حق الحرية
في الام فيسري الى الولد فكان حكمه حكم الام في جميع **هذا** اذا استولد
جارية في ملكه فان كان استولد في ملك غيره بنكاح حتى ثبت نسب
ولدها ثم ملكها صارت الجارية ام ولد له عند اصحابنا ولا تصير ولدها ولد
ام ولد حتى يجوز بيعه في قول اصحابنا الثلاثة رحمهم الله **وقال**
زفر رحمه الله اذا ولدته بعد ثبوت نسب ولدها منه فهو ولد ام ولده
يثبت فيه حكم الام **وجه قوله** ان الاستيلاد وان كان في ملك
الغير لكنه لما ملكها فقد صارت ام ولد له عند اصحابنا وانما صارت
ام ولد بالعلوق السابق والولد حدث بعد ذلك فيحدث على وصف الام
فاذا ملكه يثبت فيه الحكم الذي ثبت في الام **ولنا** ان الاستيلاد في
الام وهو امومية الولد شرعا انما يثبت وقت ملك الام والولد منفصل
في ذلك الوقت والسراية لا يثبت في الولد المنفصل ويتعلق الدين
بكسبها لا برقبتها لانها لا تقبل البيع لما ذكرنا وتسعى في ديونها بالغة
ما بلغت لان الدين عليها لا في رقبتها وارش جنايتها على المولى وهو الاقل
من قيمتها ومن الارش وليس على المولى الا قدر قيمتها وان كثرت الجنايات
كالمدبر ويجوز اعتاقها لما فيه من استعجال مقصودها وهو الحرية ولو
اعتق المولى نصفها تعتق كلها وكذا اذا كانت مشتركة بين اثنين فاعتق
احدهما نصيبه عتق جميعها لما ذكرنا ولا ضمان على المعتق ولا سعاية عليها
عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان كان المعتق
موسرا ضمن لشريكه وان كان معسرا سعت في نصف قيمتها للشريك الذي
لم يعتق ولو مات عن ام ولد بينه وبين شريكه عتق جميعها ولا ضمان
عليه بالاجماع لانه لا صنع له في الموت ويقع الاختلاف في السعاية عند ابي حنيفة

بالنفي

رحمه الله لا سعاية عليها **وعندهما** عليها السعاية **وعلى هذا الخلاف** الغصب
والقبض في البيع الفاسد انها لا تضمن في قول ابي حنيفة رحمه الله **وعندهما**
تضمن ولا خلاف في المدبرة انها تضمن بهذه الاسباب ولقب المسئلة ان
ام الولد هل هي متقومة من حيث انها مال ام غير متقومة عنده غير متقومة
من هذه الجهة **وعندهما** متقومة **واجمعوا** على انها متقومة من حيث
انها نفس ولا خلاف في ان المدبرة متقومة من حيث انها نفس ولا خلاف
انها مال وربما تلقب المسئلة بان رق ام الولد هل له قيمة ام لا
ذكر محمد رحمه الله في الاملاء انها تضمن في الغصب عند ابي حنيفة كما يضمن
الصبي الحر اذا غصب يعني اذا مات عن سبب حادث بان عقره سبع
او نهشته حية او نحو ذلك **وجه قولهما** ان ام الولد مملوكة للمولى
بلا شك ولهذا حل له وطيها واجارتها واستخدامها وكتابتها وملكه
فيها معصوم لان الاستيلاد لم يوجب زوال العصمة فكانت مضمونة
بالغصب والاعتاق والقبض والبيع الفاسد كالمدبر **والدليل**
على ان رقها متقوم ان ام ولد النصراني اذا اسلمت تخرج الى العتاق
بالسعاية فلولا ان سعايتها ماليتها متقومة لعتقت مجانا ولم يكن
للمولى اخذ السعاية بدلا عن ماليتها وكذا يجوز للمولى ان يكاتبها والاعتياض
انما يجوز من مال متقوم **والدليل** عليه انها تضمن بالقتل بالاجماع **وجه
قول ابي حنيفة** قوله صلى الله عليه وسلم لمارية لما ولدت ابراهيم
اعتقها ولدها فظاهر الحديث يقتضي ثبوت العتق في الحال في حق جميع
الاحكام الا انه خص منه الاستمتاع والاستخدام بالاجماع ولا
اجماع في التقوم فكانت حرة في حق التقوم بظاهر الحديث وكذا سبب
العتق للحال موجود وهو ثبوت نسب الولد لان ذلك يوجب الاتحاد
بين الواطئ والموطوءة وجعلهما نفسا واحدة فقضيته ثبوت العتق
للحال في جميع الاحكام الا انه لم يظهر في حق ساير الاحكام بالاجماع
فيظهر في حق سقوط التقوم بخلاف المدبر لان هناك السبب وهو
التدبير اضيف الى ما بعد الموت لان التدبير اثبات العتق عن دبر
الا انه جعل سببا للحال لضرورة ذكرناها في بيع المدبر والثابت
بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة والضرورة في حرمة البيع لا في
سقوط التقوم وههنا الامر على القلب من ذلك لان السبب
يقتضي الحكم للحال والتاخر على خلاف الاصل **والدليل** على انها
غير متقومة من حيث انها مال انها لا تسعى لغريم ولا لوارث ولو كانت
متقومة من حيث انها مال لثبت للغريم حق فيها وللوارث في ثلثيها
فيجب ان تسعى في ذلك كالمدبر والسعاية مبنية على هذا الاصل

لان استسعا العبد يكون بقيمته ولا قيمة لام الولد فلا استسعا به عليها ه
واما قوله ان ملك المولى فيها قايم بعد الاستيلاد والعصمة قايمة فنسلم
لكن قيام الملك والعصمة لا يقتضي التقوم كملك القصاص وملك النكاح
وملك الخمر وجلد الميتة **واما** ام ولد النصراني اذا اسلمت فالجواب
من وجهين **احدهما** انها متقومة في زعمهم واعتقادهم ونحن ه
امرنا بتركهم وما يدينون فاذا دانوا تقومها يتركون ولذلك
جعلت خمورهم متقومة كذا هذا **والوجه الثاني** ان ام ولد النصراني
اذا اسلمت يجعل مكاتبة للضرورة اذ لا يمكن القول بعتقها لان ملك ه
الذمي ملك محترم فلا يجوز ابطاله عليه ولا سبيل الى ابقائها على ملكه
يستمتع بها ويستخدمها لما فيه من الاستذلال بالمسلمة ولا وجه الى
دفع المذلة عنها بالبيع من المسلم لعجزها بالاستيلاد عن محلية البيع
فيجعل مكاتبة وضمان الكتابة ضمان شرط وانه لا يقف على كون ما
يقابله مالا متقوما كما في النكاح والخلع ثم اذا سعت تسعى وهي رقيقة
عند اصحابنا الثلاثة وعند زفر تسعى وهي حرة **وجه قوله** ان في
الاستسعا استذلالها وهذا لا يجوز **ولنا** ما ذكرنا ان في الحكم
بعتقها ابطال ملك الذمي عليه ويتعلق ديونه بذمة المفلس وملكه
معصوم والاستذلال في الاستمتاع والاستخدام لا في نفس الملك
وقد خرج الجواب عن الكتابة وانما ضمنت بالقتل لان ضمان القتل
ضمان الدم والنفس وانها متقومة من هذه الجهة وما ذكر محمد ه
رحمه الله في الاملا عن ابي حنيفة فذلك ضمان القتل لانه اذا لم يحفظها
حتى هلكت بسبب حادث فقد تسبب لقتلها ويجوز كتابتها كما يجوز اعتاقها
لما فيه من تعجيل العتق اليها ولا تبطل الكتابة على اصل ابي حنيفة رحمه
الله انها معاوضة ورق ام الولد لا قيمة له فلا يجوز ان يستحق المولى
عليه عوضا لان صحة المعاوضة لا تقف على كون المعوض مالا اصلا ه
فضلا عن كونه متقوما كما في النكاح والخلع فان مات المولى قبل
ان تؤدي بدل الكتابة عتقت ولا سعي عليها اما العتق فلانها كانت
ام ولد وقد مات مولاها واما العتق بغير شي فلانها كانت ام
ولد وقد مات مولاها **واما** العتق بغير شي فلان الكتابة قد
بطلت لان الحرية توجهت اليها من جهتين الاستيلاد والكتابة
فاذا ثبت العتق باحدهما بطل حكم الاخر وكذا يجوز اعتاقها على
مال وبيعها نفسها حتى اذا قبلت عتقت والمال دين عليها لان
الاعتاق على مال من باب تعجيل الحرية **واما** الذي يتعلق بما بعد
موت المولى **فمنها** عتقها لان عتقها كان معلقا شرعا بموت المولى

لما **روى** عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم ايما رجل ولدت امته منه فهي معتقة عن دبر منه
وقد روينا عن ابن عباس رضي الله عنهما انه صلى الله عليه وسلم قال
حين ولدت ام ابراهيم اعتقها ولدها ومعلوم انه لا يثبت حقيقة
العتق في حال الحياة فلو لم يثبت بعد الموت لتعطل الحديث
ولان سبب ثبوت العتق قد وجد وهو ثبوت نسب الولد ولو لم
يعمل بعد الموت لبطل السبب ويستوي فيه الموت الحقيقي والحكمي
بالردة واللحوق بدار الحرب لما ذكرنا في كتاب التدبير وكذا
الحربي المستامن اذا اشترى جارية في دار الاسلام واستولدها
ثم رجع الى دار الحرب فاسترق الحربي عتقت الجارية لما ذكرنا
في المدبر وكذا يعتق ولدها الذي ليس من مولاها اذا اسرت ه
امة الولد اليها على ما بينا لان الولد يتبع الام في الرق والحرية
ومنها انها تعتق من جميع المال ولا تسعى للوارث ولا للغريم
بخلاف المدبر **لما روينا** عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
ام الولد لا تباع ولا توهب وهي حرة من جميع المال وهذا نص ه
وروينا عن سعيد بن المسيب انه قال امر رسول الله صلى الله
عليه وسلم بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في الدين ولا يجعلن
في الثلث ولا يستسعين في دين **وفي** بعضها امر رسول الله صلى
الله عليه وسلم بعتق امهات الاولاد من غير الثلث وان لا
يبعن في دين ولان سبب ثبوت حرية ام الولد هو ثبوت نسب
الولد وحرية النسب لا تجامعها السعاية كذا حرية الاستيلاد
ومنها ان ولاها للمولى لان الاعتاق منه لما بينا والله اعلم
فصل واما بيان ما يظهر به الاستيلاد فظهوره باقرار
المولى ثم ان اقر به في حال الصحة ان هذه الجارية قد ولدت منه
فقد صارت ام ولد له سوا كان معها ولد او لم يكن لان الاقرار
في حال الصحة لا تهمة فيه فيصح سوا معها ولد او لم يكن ولهذا لو ه
اعتقها في الصحة يعتبر من جميع المال وان كان الاقرار في مرض موته
فان كان معها ولد صارت ام ولد له ايضا وتعتق من جميع المال
اذا مات المولى لان كون الولد معها دليل الاستيلاد فكان ه
الظاهر شاهدا له فصح اقراره ولان النسب من الحوائج الاصلية
وتصرف المريض في مرض الموت فيما يحتاج اليه حاجة اصلية
نافذ كشرا الطعام والكسوة ونحو ذلك وان لم يكن معها ولد
عتقت من الثلث لانه متهم في اقراره في حق ساير الورثة ولم يوجد

مما ينبغي التتمه وهو الولد وكذا اذا لم يكن معها ولد لا يحتاج الي النسب
فيصير قوله هذه ام ولدي كقوله هذه حرة بعد موتي فيعتق بعد
موته من الثلث والله الموفق للصواب وهو حسبي ونعم الوكيل ٥

كتاب المكاتبه

قال رحمه الله الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان جواز المكاتبه
وفي بيان ركن المكاتبه وفي بيان شرايط الركن وفي بيان ما يملكه المكاتب
من التصرفات وما لا يملكه وفي بيان ما يملكه المولي من التصرف في المكاتب
وما لا يملكه وفي بيان صفة المكاتبه وفي بيان حكم المكاتبه وفي بيان
ما ينفسخ به المكاتبه اما الاول فالقياس ان لا تجوز المكاتبه
لما فيها من ايجاب الدين للمولي علي عبده والمولي لا يجب للمولي علي عبده
دين وفي الاستحسان جايز بالكتاب والسنه واجماع الامه ٥
اما الكتاب فقوله تعالي فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وادني
درجات الامر الندب فكانت المكاتبه مندوبا اليها فضلا
عن الجواز وقوله ان علمتم فيهم خيرا اي رغبة في اقامة الفرايض ٥
وقيل وفا والامانة الكتابه وقيل حرفه وروي هذا عن النبي صلي
الله عليه وسلم انه قال في قوله خيرا اي حرفة ولا ترسلوهم ٥
كلابا علي الناس واما السنه فما روي عن محمد ابن الحسن باسناده
عن عمرو بن شعيب عن جده عن رسول الله صلي الله عليه وسلم
انه قال ايما عبد كوتب علي ماية اوقيه فادي كلها الا عشرة اواق
فهو رقيق وقال النبي صلي الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي
عليه درهم وروي ان عايشة كاتبت بريره بحضرة النبي صلي الله عليه
وسلم ولم ينكر عليها وعليه اجماع الامه وبه تبين ان قوله ٥
داود بن علي الاصفهاني ان الكتابه واجبه قول مخالف للاجماع ٥
وان تعلقه بظاهر الامر لا يصح لان الامه من لدن رسول الله صلي
الله عليه وسلم الي يومنا هذا يتركون مماليكهم بعد موتهم ميراثا
لورثتهم من غير نكير فعلم ان ليس المراد من هذا الامر الوجوب
واما الجواب عن وجه القياس ان المولي لا يجب له علي عبده دين ٥
فهذا علي الاطلاق ممنوع وانما نسلم ذلك في العبد القن لا في المكاتب
والمستسعا لان كسب القن ملك المولي وكسب المكاتب والمستسعا
ملكهما لا حق للمولي فيه فكان المولي كالاجنبي عن كسب المكاتب فامكن
ايجاب الدين للمولي عليه فصل واما ركن المكاتبه فهو الايجاب
من المولي والقبول من المكاتب اما الايجاب فهو اللفظ الدال علي المكاتبه

نحو قول المولي لعبده كاتبتك علي كذا سوا ذكر فيه حرف التعليق
بان يقول علي انك ان اديت الي فانت حر او لم يذكر عندنا وعند ٥
الشافعي رحمه الله لا يتحقق الركن بدون حرف التعليق وهو ان ٥
يقول كاتبتك علي كذا علي انك ان اديت الي فانت حر بنا علي ان معني
المعاوضه اصل في المكاتبه ومعني التعليق فيها تابع عندنا ٥
والعتق عند الادا يثبت من حيث المعاوضه لا من حيث التعليق
بالشرط وعنده معني التعليق فيها اصل ايضا والعتق يثبت
من حيث التعليق فلا بد من حرف التعليق وما قلناه اولي ٥
بدليل انه لو ابرا عن بدل الكتابه يعتق ولو كان ثبوت العتق
فيها من طريق التعليق بالشرط لما عتق لعدم الشرط وهو الادا
وكذا لو قال لعبده انت حر علي الف تؤديها الي نجوما في كل شهر
كذا فقبل او قال ان اديت الي الف درهم كل شهر منها كذا
فانت حر فقبل او قال جعلت عليك الف درهم تؤديها الي ٥
نجوما كل نجم كذا فان اديت فانت حر وان عجزت فانت رقيق ٥
فقبل ونحو ذلك من الالفاظ لان العبره في العقود للمعاني لا
للالفاظ واما القبول فهو ان يقول العبد قبلت او رضيت
او ما اشبه ذلك فاذا وجد الايجاب والقبول فقد تم الركن ٥
ثم الحاجة الي الركن فيمن يثبت حكم العقد فيه مقصودا لا تبعا
كالولد المولود في الكتابه والولد المشتري والوالدين علي ما نذكر
لان الاتباع كما لا يفرد بالشروط لا يفرد بالاركان لما فيه من
قلب الحقيقه وهو جعل التبع متبوعا وهذا لا يجوز فصل
واما شرايط الركن فانواع بعضها يرجع الي المولي وبعضها يرجع الي
المكاتب وبعضها يرجع الي بدل الكتابه وبعضها يرجع الي نفس
الركن ثم بعضها شرط الانعقاد وبعضها شرط النفاذ وبعضها
شرط الصحه اما الذي يرجع الي المولي فمنها العقل وانه ٥
شرط الانعقاد فلا تنعقد المكاتبه من الصبي العاقل وان كان
ماذونا في التجاره من قبل المولي او الوصي لان المكاتبه ليست
بتجاره اذ التجاره مبادلة المال بالمال والمكاتبه ليست كذلك
وليست من توابع التجاره ولا من ضروراتها ولهذا لا يملكها العبد
الماذون والشريك شركة العنان لما قلنا وكذا ان يكاتب عبده
باذن ابيه او وصيه لان الاب والوصي يملكان العقد بانفسهما ٥
فيملكان الاذن به للصبي اذا كان عاقلا ومنها الملك او
الولايه وهذا شرط النفاذ ولان المكاتبة فيها معني المعاوضه

والتعليق وكل واحد منهما عندنا لا ينفرد ولا يصح بدون الملك والولاية فكذا
عند الاجتماع فلا تنفذ الكتابة من الفضولي لانعدام الملك والولاية
وينفذ من الوكيل لانه نائب الموكل فكان تصرفه تصرف الموكل وكذا
من الاب والوصي استحسانا **والقياس** ان لا ينفذ **وجه القياس**
ان المكاتبة تصرف يفضي الى العتق وهما لا يملكان الاعتاق
لا بغير بدل ولا ببدل كالاعتاق على مال وبيع نفس العبد منه
وجه الاستحسان ان المكاتبة من باب اكتساب المال ولهما
ولاية اكتساب المال كالبيع والاجارة بخلاف الاعتاق على مال
وبيع نفس العبد منه لان ذلك ليس من باب الاكتساب بل هو من
باب الاتلاف لان العبد يعتق بنفس القبول ويبقى المال دينا في ذمة
المفلس فان اقر الاب او الوصي بقبض بدل الكتابة فان كانت
الكتابة معروفة ظاهرة بمحضر الشهود يصدق ويعتق المكاتب
لانه امين في قبض الكتابة فكان مصدقا كالوكيل بالبيع اذا
اذا باع ثم اقر بقبض الثمن وان لم تكن معروفة لم يجز اقراره ولا
يعتق العبد لان الكتابة اذا لم تكن ظاهرة كان ذلك منه اقرارا
بالعتق واقرار الاب او الوصي بعتق عبد اليتيم وان كانت
الكتابة ظاهرة كان ذلك منه اقرارا باستيفاء الدين فيصح اقراره
ولو كاتب الاب او الوصي ثم ادرك الصبي فلم يرض بالمكاتبة فالمكاتبة
ماضية الا انه ليس للوصي ولا للصبي ان يقبض بدل الكتابة
لانه لما كان يملك القبض بولاية لا بمباشرة العقد لان حقوق
العقد في المكاتبة ترجع الى من عقد له لا الى العاقد وقد زالت
ولايته بالبلوغ بخلاف الوصي اذا باع شيئا ثم ادرك اليتيم ان له
ان يقبض لان حقوق البيع وكل عقد مبادلة المال بالمال ترجع
الى العاقد **هذا** اذا كانت الورثة صغارا فان كانوا كبارا
لا يجوز للوصي ان يكاتب ولا للاب لزوال ولايتهما بالبلوغ سواء
كانوا حضورا او غيبا لان الموجب لزوال الولاية لا يختلف
وهذا بخلاف البيع ان الوارث الكبير اذا كان غائبا ان للاب
او الوصي ان يبيع المنقول لان بيع المنقول من باب الحفظ لان
حفظ ثمنه ايسر من حفظ عينه ولهما ولاية الحفظ وليس في
الكتابة حفظ فلا يملكانها وان كانت الورثة صغارا وكبارا
ذكر في الاصل انه لا يجوز **ثم** اختلف في هذا الاطلاق قال بعضهم
معناه انه لا يجوز في نصيب الكبار والصغار جميعا لانه اذا لم
يجز في نصيب الكبار لم يكن في جوازه في نصيب الصغار فائدة

لان

لان لهم ان يفسخوا العقد وصار هذا كعبد بين اثنين انه يمنع احدهما
عن كتابة نصيبه الا برضا شريكه لانه لو فعل بغير اذن شريكه
كان لشريكه ان يفسخ فلم يكن لشريكه فيه فائدة كذا هذا **و**لو كان على
الميت دين فكاتب الوصي عبدا من تركته لم يجز كذا ذكر في الاصل
ولم يفصل بين ما اذا كان الدين محيطا بالتركة وبينما اذا لم يكن
محيطا بها **منهم** من اجرى المذكور في الاصل على اطلاقه وقال لا يجوز
مكاتبته سواء كان الدين محيطا بالتركة او لم يكن اما اذا كان محيطا
بالتركة فلان حق الغرماء يكون متعلقا بها والمكاتبة يتضمن ابطال
حقهم لانها لو صحت لصارت حقوقهم منجمة مؤجلة فلا يملك تاجيلها
بالكتابة وان كان غير محيط بالتركة فكذلك لان ذلك القدر
من الدين يتعلق بالتركة مطلقا وتبطل بالكتابة لان ذلك
القدر من الدين يتاجيل تسليمه فيتضرر به الغريم الا ان يختار
استيفاءه من غيرها فيجوز لان عدم الجواز لحق الغريم فاذا استوفى
من محل اخر فقد زال حقه فزال المانع من الجواز **وذكر** القدوري
رحمه الله ان المسألة محمولة على ما اذا كان للميت غير العبد
او غير العبد الذي يقضي به الدين فاما اذا لم يكن الدين محيطا
بالتركة يجوز له ذلك لانه اذا كان هناك مال اخر يقضي به
الدين تحقق الغرماء لا يتعلق بعين العبد لان التعلق لحاجتهم
الى استيفاء دينهم وانه يحصل بدونه ولانه لو تعلق قليل
بجملة التركة لادى الى الحرج لان التركة قلما تخلو عن قليل الدين
ولا يجوز لاحد الوصيين ان يكاتب بغير اذن صاحبه في قول ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله ويجوز في قول ابي يوسف واصل المسألة انه هل لاحد الوصيين
ان يتصرف في مال اليتيم بغير اذن صاحبه وهو على الخلاف الذي ذكرنا وهي
من مسائل كتاب الوصايا ولو وصى الوصي ان يكاتب لانه قائم مقام الوصي
وسواء كان المملوك محجورا او ماذونا بالتجارة وعليه دين او لا دين عليه
لان الدين لا يوجب زوال الملك فتنفذ المكاتبة الا انه اذا كان عليه دين
محيط او غير محيط فللغرماء ان يردوا المكاتبة لان لهم حق استيفاء الدين من
رقبته وهو بالكتابة اراد ابطال حقهم فكان لهم ان ينقضوا كما لو باعه
وعليه دين محيط او غير محيط لان البيع ينفذ لكن للغرماء ان ينقضوا
الا اذا كان قضى المولى دينهم من مال اخر قبل ان ينقضوا فليس لهم ان ينقضوا
ومضت المكاتبة لانها وقعت جائزة لوقوعها في الملك الا انه كان للغرماء
النقض لقيام حقهم فاذا قضى دينهم فقد زال حقهم فبقيت جائزة ولا يرجع
المولى بما قضى من الدين على المكاتب لانه بقضاء الدين اصلح مكاتبته فكان

عاملا لنفسه وكذا لو امر المولى ان يؤدي الدين واداه الغلام عاجلا مضت
الكتابة لما قلنا ولا يرجع العبد على المولى بما ادى لما قلنا فان كان المولى
اخذ البدل ثم علم الغرماء بذلك فلهم ان يأخذوا من المولى ما اخذ من بدل
الكتابة لانه كسب العبد المديون وانه يؤخذ من المولى ما اخذ من بدل
الكتابة والعتق واقع اما من طريق المعاوضة فلسلامة العوض للمولى واما
من طريق التعليق بالشرط لوجود الشرط وهو اداء بدل الكتابة والعتق
بعد وقوعه لا يحتمل النقض فان بقي من دينهم شيء كان لهم ان يضمنوا المولى
قيمته لانهم ابطلوا لانه ابطل حقهم في قدر قيمة العبد حيث منعهم عن
بيعه لوقوع العتق ولهم ان يتبعوا العبد ببقية دينهم لان الدين كان
ثابتا في ذمته متعلقا برقبته وقد بطلت الرقبة بالحرية فبقيت الذمة
فكان لهم ان يتبعوه ولا يرجع المولى على العبد بما اخذ منه من بدل الكتابة
لان المولى حين كاتبه كانت رقبته مشغولة بالدين فكان مكاتبته
اياه مع علمه ان الغرماء احق بكسبه منه دلالة الرضا بما اخذ منه ولو
كان العبد مرهونا او مؤاجرا فكاتبه وقفت المكاتبة على اجازة
المرتهن والمستاجر فان اجازا جاز وان فسخا هل ينفسخ بفسخهما
فهو على ما يذكر في البيوع والخيارات والاجارات ان شاء الله تعالى
وسواء كان المملوك قنا او غيره حتى لو كانت مدبرة او ام ولده جازت
المكاتبة لقيام الملك اذ التدبير والاستيلاد لا يزيلان الملك
وهما من باب استعجال الحرية فان ادتا وعتقتا فقد قضي الامر وان
مات المولى قبل الاداء عتقتا لانهما يعتقان بموت السيد **هذا**
اذا كانا يخرجان من الثلث فان كانا لا يخرجان من الثلث فام الولد
تعتق من الكل بغير اعتبار الثلث ولا تسعى واما المدبر فله الخيار
في قول ابي حنيفة ان شاء سعى في جميع الكتابة وان شاء سعى في ثلثي القيمة
اذا كان لا مال له غيره فان اختار الكتابة سعى على النجوم وان
اختار السعاية في ثلثي قيمته يسعى حالا وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما
الله لا خيار له لكن عند ابي يوسف يسعى في الاقل من جميع الكتابة ومن
ثلثي القيمة **وقد** ذكرنا المسألة في كتاب الاستيلاد **ومنها** الرضا
وهو من شرائط الصحة فلا تصح المكاتبة مع الاكراه والهزل والخطا
لانها من التصرفات التي تحتمل الفسخ فيفسدها الكره والهزل والخطا
كالبيع ونحوه **واما** حرية المكاتب فليست من شرائط جواز المكاتبة
فتصح مكاتبة المكاتب لما نذكر وكذا اسلامه فيجوز مكاتبة الذمي عبده
الكافر لقوله صلى الله عليه وسلم فاذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان
لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وللمسلمين ان يكاتبوا عبيدهم فكذا لاهل

الذمة ولان الكتابة مشتملة على معنى المعاوضة والتعليق وكل واحد منهما
يملكه الذمي حالة الانفراد كذا عند الاجتماع وكذا الذمي اذا ابتاع عبدا
مسلما فكاتبه فهو جائز **وهذا** فرع اصلنا في شراء الكافر العبد المسلم
انه جائز الا انه يجبر على بيعه صيانة له عن الاستذلال باستخدامه
الكافر اياه والصيانة تحصل بالكتابة لزوال ولاية الاستخدام بزوال
يده عنه بالمكاتبة **واما** مكاتبة المرتد فموقوفة في قول ابي حنيفة رحمه
الله فان قتل او مات على الردة او لحق بدار الحرب بطلت وان اسلم نفذت
وعندهما هي نافذة وهي من مسائل السير والله الموفق

فصل

واما الذي يرجع الى المكاتب فانواع ايضا **منها** ان لا يكون فيه خطر
العدم وقت المكاتبة وهو شرط الانعقاد حتى لو كاتب ما في بطن
جاريته لم ينعقد لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع فيه غرر والمكاتبة
فيها معنى البيع **ومنها** ان يكون عاقلا وهو من شرائط الانعقاد
حتى لو كاتب الرجل عبدا له مجنونا او صغيرا لا يعقل لم تنعقد
مكاتبته لان القبول احد شطري الركن واهلية القبول لا تثبت بدون
العقل لان ما هو المقصود من هذا العقد وهو الكسب لا يحصل منه
فان ادى كتابته فادى البدل عنه رجل فقبله المولى لا يعتق لان العتق
لا ينعقد بدون القبول ولم يوجد فكان اداء الاجنبي اداء من غير عقد
فلا يعتق وله ان يسترد ما ادى لانه اداه بدلا عن العتق ولم يسلم
العتق ولو قبل عنه الرجل الكتابة ورضي به المولى لم يجز ايضا
لان الرجل قبل الكتابة عن غيره بغير رضاه وهل يتوقف على اجازة
العبد بعد البلوغ **ذكر** القدوري رحمه الله انه لا يتوقف **وذكر**
القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه يتوقف والصحيح ما ذكره
القدوري لان تصرف الفضولي انما يتوقف على الاجازة اذا كان له
مجيز وقت وجوده اذ الصغير ليس من اهل الاجازة فلا يتوقف
بخلاف ما اذا كان العبد كبيرا غائبا فجاء رجل وقبل الكتابة عنه
ورضي المولى ان الكتابة تتوقف على اجازة العبد لانه من اهل
الاجازة وقت قبول الفضولي عنه فكان له مجيز وقت التصرف
فتتوقف فلو ادى القابل عن الصغير الى المولى **ذكر** في الاصل انه
يعتق استحسانا وجعله بمنزلة قوله اذا اديت الي كذا فعبدي
حر وقال هذا والكبير سواء **والقياس** ان لا يعتق لان المكاتبة على
الصغير لم تنعقد لانه ليس من اهل القبول فبقي الاداء بغير مكاتبة
فلا يعتق **وجه الاستحسان** ان المكاتبة فيها معنى المعاوضة ومعنى
التعليق والمولى ان كان لا يملك الزام العبد العوض يملك تعليق عتقه

بالشرط فيصح من هذا الوجه ويتعلق العتق بوجود الشرط وكذا اذا كان
العبد كبيرا غايبا فقبل الكتابة عنه فضولي واداها الى المولى يعتق
استحسانا وليس للقابل استرداد المودى والقياس ان لا يعتق وله ان
يسترد لما قلنا **هذا** اذا ادى الكل فان ادى البعض فله ان يسترد
قياسا واستحسانا لانه انما ادى ليسلم العتق والعتق لا يسلم باداء
بعض بدل الكتابة فكان له ان يسترد الا اذا بلغ العبد فاجاز قبل
ان يسترد القابل فليس له ان يسترد بعد ذلك لان بالاجازة استند
جواز العقد الى وقت وجوده والاداء حصل عن عقد جايز فلا يكون
له الاسترداد فلو ان العبد عجز عن اداء الباقي ورد في الرق فليس له ان
يسترد ايضا وان رد العبد في الرق بل ينتهي في المستقبل فكان حكم
العقد ثابتا في القدر المودى فلا يكون له الاسترداد بخلاف باب
البيع بان باع شيئا ثم تبرع انسان باداء الثمن ثم فسخ البيع بالرد
بالعيب او بوجه من الوجوه ان للمتبرع ان يسترد ما دفع لان الدفع
كان بحكم العقد وقد انفسخ ذلك العقد وكذلك لو تبرع رجل
باداء المهر عن الزوج ورد الطلاق قبل الدخول انه يسترد منها النصف
لان الطلاق قبل الدخول فسخ من وجه ولو كانت الفرقة من قبلها
قبل الدخول بها فله ان يسترد منها كل المهر ولا يكون المهر للزوج
بل يكون للمتبرع لانفساخ النكاح **هذا كله** اذا ادى القابل فلو
امتنع القابل عن الاداء لا يطالب بالاداء الا اذا ضمن فحينئذ يوخذ
به بحكم الضمان فاما بلوغه فليس بشرط حتى لو كاتبه وهو يعقل
البيع والشراء جازت المكاتبة ويكون كالكبير في جميع احكامه عندنا
خلافا للشافعي رحمه الله لان المكاتبة اذن في التجارة واذن الصبي
العاقل بالتجارة صحيح عندنا خلافا له وهي من مسايل المأذون

فصل واما الذي يرجع الى بدل الكتابة **فمنها** ان يكون مالا
وهو شرط الانعقاد فلا تنعقد المكاتبة على الميتة والدم لانهما ليسا
بمال في حق احد لا في حق المسلم ولا في حق الذمي **الا ترى** ان المشتري بهما
لا يملك وان قبض ولا تنعقد عليهما المكاتبة حتى لا يعتق وان ادى
لان التصرف الباطل لا حكم له فكان ملحقا بالعدم الا اذا كان قال
على انك اذا اديت الي فانت حر فادى فانه يعتق بالشرط واذا عتق
بالشرط لا يرجع المولى عليه بقيمته لان هذا ليس بمكاتبة انما هو
اعتاق معلق بالشرط بمنزلة قوله ان دخلت الدار فانت حر **ومنها**
ان يكون متقوما وانه من شرايط الصحة فلا يصح مكاتبة المسلم عبده
المسلم او الذمي على الخمر والخنزير لان الخمر وان كان مالا في حق المسلمين

فهي

فهي غير متقومة في حقهم فانعقدت المكاتبة على الفساد فان ادى يعتق وعليه
قيمة نفسه لان هذا حكم المكاتبة الفاسدة على ما نذكر في بيان حكم
المكاتبة **واما** الذمي فيجوز مكاتبته عبده الكافر على خمر او خنزير لان
ذلك مال متقوم عندهم كالخل والشاة عندنا فان كاتب ذمي عبدا
له كافرا على خمر فاسلم احدهما فالمكاتبة ماضية وعلى العبد قيمة الخمر
لان المكاتبة وقعت صحيحة لكون الخمر مالا متقوما في حقهم الا انه
اذا اسلم احدهما فقد تعذر التسليم والتسلم لان المسلم منهي عن ذلك
فيجب قيمتها ولا ينفسخ العقد بخلاف ما اذا اشترى الذمي من ذمي
شيئا بخمر ثم اسلم احدهما قبل قبض الخمر ان البيع يبطل وههنا لا يبطل
المكاتبة لان عقد المكاتبة مبناه على المساهلة والمسامحة نظرا
للعبد ايضا لوصوله الى شرف الحرية فلا ينفسخ بتعذر تسليم
المسمى او تسلمه بل يصار الى بدله فاما البيع فعقد مماكسة
ومضايقة لا يجري فيه من السهولة ما يجري في المكاتبة فينفسخ عند
تعذر تسليم عين المسمى ويرتفع واذا ارتفع لا يتصور تسليم
القيمة مع ارتفاع سبب الوجوب **ومنها** ان يكون معلوم النوع
والقدر سواء كان معلوم الصفة او لا وهو من شرايط الانعقاد
فان كان مجهول النوع او مجهول القدر لم ينعقد وان كان معلوم
النوع والقدر مجهول الصفة جازت المكاتبة **والاصل** ان
الجهالة متى تفاحشت منعت جواز المكاتبة والا فلا وجهالة النوع
والقدر جهالة فاحشة وجهالة الصفة غير فاحشة **فانه روي**
عن عمر رضي الله عنه انه اجاز المكاتبة على الوصفاء بحضرة من الصحابة
فيكون اجماعا على الجواز والاجماع على الجواز اجماع على سقوط
اعتبار هذا النوع من الجهالة في باب الكتابة **وبيان هذا الاصل**
في مسايل **اذا** كاتب عبده على ثوب او دابة او حيوان او دار
لم ينعقد حتى لا يعتق وان ادى لان الثوب والدار والحيوان
مجهول النوع لاختلاف انواع كل جنس واشخاصه اختلافا
متفاحشا وكذا الدور تجري مجرى الاجناس المختلفة لتفاحش
التفاوت بين دار ودار في الهيئة والتقطيع وفي القيمة
باختلاف المواضع من البلدان والمحال والسكك ولهذا منعت
هذه الجهالة صحة التسمية والاعتاق على مال والنكاح والخلع
والصلح عن دم العمد فصارت هذه الاشياء لكثرة التفاوت
في انواعها واشخاصها بمنزلة الاجناس المختلفة فيصير كانه كاتبه
على ثوب او دابة او حيوان او دار فادى طعاما ولو كان كذلك

لا يعتق فكذا ههنا لا يعتق وان ادى اعلى الثياب والدواب والدور
بخلاف ما اذا كاتبه على قيمته فادى القيمة انه يعتق لان التفاوت
بين القيمتين لا يلحقهما بتخمين فكانت جهالة القيمة مفسدة للعقد
لا مبطلة له وان كاتبه على ثوب هروي او عبد او جارية او فرس
جازت المكاتبة لان الجهالة ههنا جهالة الوصف انه جيد او وسط
او ردي وانها لا تمنع صحة التسمية كما في النكاح والخلع **والاصل** ان
الحيوان يثبت دينا في الذمة في مبادلة المال بغير المال كما في النكاح
ونحوه فتصح التسمية وينصرف الى الوسط كما في باب الزكاة والدية
والنكاح وكذا لو كاتبه على وصيف يجوز وينصرف الى الوسط فان
ولو جاء العبد بقيمة الوسط في هذه المواضع يجبر المولى على القبول
كما في النكاح والخلع ونحوهما ولو كاتبه على لؤلؤة او ياقوتة لم
يجز لان الجهالة متفاحشة ولو كاتبه على كر حنطة او ما اشبه
ذلك من المكيل والموزون ولم يصف يجوز وعليه الوسط من جنسه
لانه يثبت دينا في الذمة في مبادلة المال بالمال اذا كان موصوفا
ويثبت في مبادلة ما ليس بمال بمال وان لم يكن موصوفا كالنكاح
والخلع والصلح عن دم العمد والاعتاق على مال والمكاتبة
معاوضة ما ليس بمال بمال في جانب المولى فيجوز المكاتبة عليه
ويجب الوسط ولو كاتبه على حكمه او على حكم نفسه لم ينعقد لان
الجهالة ههنا افحش من جهالة النوع والقدر لان البدل هناك
مسمى ولا تسمية للبدل ههنا راسا فكانت الجهالة اكثر والى
هذا اشار في الاصل فقال ارايت لو حكم المولى عليه بما على
الارض ذهبا اكان يلزمه او حكم العبد على نفسه بفلس
اكان هل كان يعتق فلم ينعقد العقد اصلا فلا يعتق بالحكم
ولو كاتبه على الف درهم الى العطا او الى الدياس او الحصاد
او نحو ذلك مما يعرف من الاجل جاز استحسانا والقياس
ان لا يجوز لان الاجل مجهول وجهالة الاجل تبطل البيع فتبطل
المكاتبة **وجه الاستحسان** ان الجهالة لم تدخل في صلب العقد
لانها لا ترجع الى البدل وانما دخلت في امر زائد فهي غير متفاحشة
فلا توجب فساد المكاتبة كجهالة الوصف بخلاف البيع الى هذه
الاوقات انه يفسد لان الجهالة لا توجب فساد العقد لذاتها
بل لافضائها الى المنازعة والمنازعة قل ما تجري في هذا العقد
في المكاتبة لان مبناها على المسامحة بخلاف البيع لان مبناه
على المماكسة فيفضي الى المنازعة ولهذا جازت الكفالة الى هذه

الاوقات

الاوقات ولم يجز تاجيل الثمن اليها في البيع بخلاف المكاتبة الى مجيء المطر
وهبوب الريح لانه ليس لذلك وقت معلوم فتفحشت الجهالة فان
كاتبه الى العطا فتاخر العطا فان الاجل يحل في مثل الوقت الذي
كان يخرج فيه العطا لان المراد به في العرف والعادة وقت العطا
لا عين العطا وكذا في الحصاد والدياس ولو كاتبه على قيمته
فالكتابة فاسدة لان القيمة تختلف بتقويم المقومين فكان البدل
مجهول القدر وانه مجهول جهالة فاحشة ولهذا امتنعت صحة
التسمية في باب النكاح حتى عدل الى مهر المثل فتمتنع صحة
المكاتبة بل اولى لان النكاح يجوز بدون تسمية البدل ولا يجوز
المكاتبة من غير تسمية البدل فلما لم يصح تسمية القيمة هناك
فلان لا تصح ههنا اولى ولان القيمة توجب العقد الفاسد
فكان ذكرها نصا على الفساد بخلاف ما اذا كاتبه على عبد
لان جهالة العبد جهالة الوصف اي جيد او ردي او وسط فعند
الاطلاق يقع على الوسط والوسط معلوم عندهم **الا ترى** ان
ابا حنيفة رحمه الله جعل قيمة الوسط اربعين دينارا فاما الكتابة
على القيمة فليست مكاتبة على بدل معلوم عند الناس عند اطلاق
الاسم فصار كما لو كاتبه على الف او على الف غير انه ان ادى
القيمة عتق لان العقد الفاسد له حكم في الجملة عندنا كالبيع
الفاسد اذا اتصل به القبض والنكاح الفاسد اذا اتصل به
الدخول حتى يثبت الملك في البيع ويجب العقر والعدة ويثبت النسب
في النكاح كذا المكاتبة الفاسدة ولو قال كاتبتك على دراهم فالكتابة
باطلة ولو ادى ثلاثة دراهم لا يعتق لان البدل مجهول جهالة
متفاحشة وليس للدراهم وسط معلوم حتى يقع عليه الاسم
بخلاف ما اذا قال اعتقتك على دراهم فقبل العبد عتق ويلزمه
قيمة نفسه لان العتق هناك وقع بالقبول والجهالة متفاحشة
فيلزمه قيمة نفسه ولو كاتبه على ان يخدمه شهرا فهو جائز
استحسانا والقياس ان لا يجوز **وجه القياس** ان الخدمة
مجهولة لانها تختلف ولا يدري في اي شيء يستخدمه وانه يستخدمه
في الحضر او في السفر وجهالة البدل تمنع صحة الكتابة
وجه الاستحسان ان الخدمة المطلقة تنصرف الى الخدمة
المعهودة فتصير معلومة بالعادة وبحال المولى انه في اي شيء يستخدمه
وبحال العبد انه لاي شيء يصلح فصار كما لو عينها نصا ولهذا جاز
الاجارة على هذا الوجه فالمكاتبة اولى لانها اقبل للجهالة

من الاجاره ولو كاتبه على ان يخدم رجلا شهرا فهو جايز في القياس كما ذكر
في الاصل ولم يرد به قياس الاصل لان ذلك يقتضي ان لا يجوز لما ذكرنا
وانما اراد به القياس على الاستحسان الذي ذكرنا ويجوز القياس
على موضع الاستحسان اذا كان الحكم في الاستحسان معقول المعنى كقياس
الجماع ناسيا على قياس الاكل والشرب ناسيا ولان المنافع اموال
في العقود وانها تصير معلومة بذكر المده فلا فرق بين ان يستاجر
رجلا ليخدمه او ليخدم غيره وكذلك لو كاتبه على ان يحفر بيرا
قد سمي لها طولها وعمقها ومكانها او على ان يبني له دارا واراه
اجرها وجصها وما يبني بها لانه كاتبه على بدل معلوم
الا ترى ان الاجاره عليه جايزه فالكتابة اولى ولو كاتبه على ان
يخدمه ولم يذكر الوقت فالكتابة اولى فاسد لان البدل مجهول
ومنها ان لا يكون البدل ملك المولى وهو شرط الانعقاد حتى
لو كاتبه على عين من اعيان مال المولى لم يجز لانه يكون مكاتبه بغير
بدل في الحقيقة فلا يجوز كما اذا باع داره من انسان بعبد هو
لصاحب الدار انه لا يجوز البيع لانه يكون بيعا بغير ثمن في
الحقيقة كذا هذا وكذا لو كاتبه على ما في يد العبد من الكسب وقت
المكاتبه لان ذلك مال المولى فيكون مكاتبة على مال المولى فلم يجز
واما كون البدل دينا فهل هو شرط جواز الكتابه بان كاتبه على
شي بعينه من عبد او ثوب او دار او غير ذلك مما يتعين بالتعيين
وهو ليس من اعيان المولى ولا كسب العبد ولكنه ملك اجنبي
وهو معين مشار اليه ذكر في كتاب المكاتب اذا كاتب عبده
على عبد بعينه لرجل لم يجز ولم يذكر الخلاف وذكر في كتاب الشرب
اذا كاتبه على ارض لرجل جاز ولم يذكر الخلاف وذكر ابن سماعه
الخلاف فقال لا يجوز عند ابي حنيفه ويجوز عند ابي يوسف وعند
محمد ان اجاز صاحبه جاز والا لم يجز واطلاق رواية كتاب
المكاتب تقتضي ان لا يجوز اجاز او لم يجز واطلاق رواية كتاب
الشرب تقتضي الجواز اجاز او لم يجز ولانه لما جاز عند عدم
الاجازه فعند الاجازة اولى ويجوز ان يكون قول محمد رحمه الله
تفسيرا للروايتين المبهمتين فتحمل رواية كتاب المكاتب على
حال عدم الاجازه ورواية كتاب الشرب على حال الاجازه
وجه اطلاق رواية كتاب المكاتب انه كاتبه على ما لا يملكه لانه
كاتبه على عبد هو ملك الغير فلا يجوز وعلل في الاصل فقال
لانه كاتبه على ما لا يملك لانه كاتبه على ملك الغير وشرح

هذا التعليل ان الكتابه عقد وضع لاكتساب المال والعبد
لا يقدر على اكتساب هذا العين لا محالة لان مالك العبد قد
يبيعه وقد لا يبيعه فلا يحصل ما وضع له العقد ولانا لو قضينا
بصحة هذه المكاتبه لفسدت من حيث تصح وما كان في تصحيحه افساده
يقضي بفساده من الاصل او يقال اذا تعذر عليه التسليم فاما
ان يجب عليه قيمة العبد او قيمة نفسه وكل ذلك فاسد
وجه رواية كتاب الشرب وهو المروي عن ابي يوسف رحمه الله
ايضا ان المكاتبه في معنى الاعتاق على مال ثم لو اعتق عبده على
عبد بعينه لرجل فقبل العبد جاز كذا هنا **وجه ما روي عن محمد**
رحمه الله من التوقف على الاجازه ان هذا عقد له مجيز حال وقوعه
فيتوقف على الاجازه كالبيع وكذلك كل ما عينه من مال غيره
من عرض او مكيل او موزون لان هذه الاشيا كلها تتعين في
العقود بالتعيين فكانت كالعبد ولو قال كاتبتك على الف
فلان هذه جازت المكاتبه لان الدراهم لا تتعين بالتعيين
في عقود المعاوضات فيقع العقد على مثلها في الذمة لا على
عينها فيجوز وان ادى غيرها عتق لان المكاتبه وقعت على ما
في الذمه وسوا كان البدل كثيرا او قليلا لان دلايل جواز
المكاتبه لا يفصل بين القليل والكثير وسوا كان موجلا او
غير موجل عندنا وعند الشافعي لا يجوز الا موجلا وهو على
قلب الاختلاف في السلم انه لا يجوز الا موجلا عندنا وعنده يجوز
موجلا وغير موجل **فالحاصل** انه لا خلاف في جواز المكاتبه على
بدل موجل واختلف في الجواز على بدل غير موجل قال
اصحابنا يجوز وقال الشافعي لا يجوز الا موجلا منجما بنجمين فصاعدا
وجه قوله ان العبد عاجز عن تسليم البدل عند العقد لانه
معسر لا مال له والعجز عن التسليم عند العقد يمنع انعقاده
بدليل انه لو طرا على العقد يرفعه فاذا قارنه يمنعه من الانعقاد
من طريق الاولى لان المنع اسهل من الرفع وكذا اخذ الاسم
يدل على ما قلنا فان المكاتبه ماخوذه من الكتاب والكتاب
يذكر بمعنى الاجل **قال الله تعالى** وما اهلكنا من قرية الا ولها
كتاب معلوم اي اجل لا يتقدم ولا يتاخر فيسمى هذا عقد كتابه
لكون البدل فيه موجلا ويذكر بمعنى الكتاب المعروف وهو
المكتوب سمي العقد بذلك لان البدل يكتب في الديوان
والحاجه الى الكتابه للموجل لا للحال فكان الاجل شرطا كالسلم

لما كان ماخوذا من التسليم كان تسليم راس المال فيه لجواز السلم وكذا
الصرف لما كان ينبئ عن نقل البدل من يد الى يد كان القبض فيه من
الجانبين شرطا كذا هذا **ولنا** قوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم
خيرا من غير فصل بين الحال والمؤجل ولان بدل الكتابة دين يجوز الاستبدال
به قبل القبض فلا يشترط فيه التاجيل كسائر الديون بخلاف بدلي
الصرف والسلم **واما** قوله ان العبد عاجز عن تسليم البدل عقيب
العقد فمسلم لكن الاداء يكون بعد العقد ويحتمل حدوث القدرة
بعده بان يكتسب مالا بقبول هبة او صدقة فيؤدي بدل الكتابة
واما ماخذ الاسم فالكتابة تحتمل معاني يقال كتب اي اوجب
قال الله تعالى كتب على نفسه الرحمة وكتب اي ثبت **قال الله تعالى**
اولئك كتب في قلوبهم الايمان وكتب اي حكم وقضى **قال الله تعالى**
كتب الله لاغلبن انا ورسلي وشيء من هذه المعاني لا ينبئ عن التاجيل
ثم اذا كانت المكاتبة حالة فان ادى البدل حين طالبه المولى
والا يرد في الرق سواء شرط ذلك في العقد او لم يشترط بان قال
ان لم تؤدها الي حالة فانت رقيق او لم يقل لانه كاتبه على بدل
موصوف بصفة الحلول فلم يكن راضيا بدون تلك الصفة
وكذلك اذا كانت منجمة بنجوم معلومة فعجز عن اول نجم منها فرد
الى الرق في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف
رحمه الله لا يرد حتى يتوالى عليه نجمان **احتج ابو يوسف**
رحمه الله بما روي عن علي رضي الله عنه انه قال المكاتب اذا توالى
عليه نجمان رد في الرق فقد شرط حلول النجمين للرد الى الرق ولان العجز
لا يتحقق الا عند حلول نجمين لجواز ان يقرضه انسان او يحصل له
مال من موضع اخر فيؤدي فاذا اجتمع عليه مال النجمين فقد تحقق
عجزه **وجه قولهما** ما روي عن ابن عمر رضي الله عنه انه كاتب عبدا
له فعجز عن نجم واحد فرده الى الرق والظاهر ان ذلك كان على علم
من الصحابة ولم ينقل انه انكر عليه احد فيكون اجماعا ولان المولى
شرط عليه في كل نجم قدرا من المال وانه شرط معتبر مفيد من
شرائط الكتابة فكان له ان يرده الى الرق عند فواته كما لو عجز عن
نجمين **واما احتجاجه** بقول علي فغير سديد لانه احتجاج
بالمسكوت لان فيه انه اذا توالى عليه نجمان يرد الى الرق وليس فيه
انه اذا كسر نجما واحدا ماذا حكمه او يحمل على الندب وبه نقول
ان المكاتب اذا كسر نجما يندب مولاه الى ان لا يرده الى الرق ما لم يتوالى
عليه نجمان رفقا به ونظرا فان عجز عن نجم على اصلهما او عن نجمين

على اصله فان كان له مال غائب او حاضر او غائب يرجى حضوره بان قال لي مال على
انسان او مال يجيء في القافلة فان القاضي ينظر عليه يومين او ثلاثة استحسانا
لان هذا القدر من التاخير مما لا ضرر فيه على المولى وفيه رجاء وصول كل واحد
منهما الى حقه فيفعل القاضي ذلك عند رجاء الوصول ولو اختلف المولى
والمكاتب في قدر البدل او جنسه بان قال المولى كاتبتك على الفين او على
الدنانير وقال العبد كاتبتني على الف او على الدراهم فالقول قول
المكاتب في قول ابي حنيفة الاخر سواء كان قد ادى من بدل الكتابة شيئا
او كان لم يؤد وكان يقول اولا يتحالفان ويترادان كالبيع لان في المكاتبة
معنى المبادلة ثم رجع وقال القول قول المكاتب لانه المستحق عليه و
وقع الاختلاف في قدر المستحق او جنسه فالقول قول المستحق عليه
في الشرع كما في سائر الديون ولان القياس يمنع التحالف لما نذكر في كتاب
البيوع الا ان الشرع ورد به بخلاف القياس في البيع وانه مبادلة
المال بالمال مطلقا والكتابة بخلافه فلم يكن في معنى البيع فلا يقاس عليه
والله الموفق **فصل واما** الذي يرجع الى نفس الركن من شرائط
الصحة فخلوه عن شرط فاسد وهو الشرط المخالف لمقتضى العقد الداخل
في صلب العقد من البدل فان لم يخالف مقتضى العقد جاز الشرط والعقد
وان خالف مقتضى العقد لكنه لم يدخل في صلبه يبطل الشرط ويبقى
العقد صحيحا وانما كان كذلك لان عقد الكتابة في جانب المعقود عليه
وهو العبد بمنزلة الاعتاق لما فيه من فك الحجر واسقاطه والاعتاق
مما لا يبطله الشروط الفاسدة وفيما يرجع الى البدل وجانب المولى
بمنزلة البيع لان المولى عقد عقدا يؤول الى زوال ملكه
عنه فكان كالبيع والبيع مما يفسده الشروط الفاسدة لنهي النبي
صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط فيجعل من الشروط الداخلة في صلب
العقد كالبيع فيعمل فيه الشروط الفاسدة وفيما لا يدخل في صلب
العقد من الشروط يجعل كالاعتاق فلا يؤثر فيه الشرط الفاسد عملا
بالمعنيين جميعا بقدر الامكان **وعلى هذا** مسائل اذا كاتب جارية
على الف درهم على ان يطاها ما دامت مكاتبة او على ان يطاها مرة
فالكتابة فاسدة لانه شرط فاسد لكونه مخالفا مقتضى العقد لان
عقد المكاتبة يوجب حرمة الوطء وانه دخل في صلب العقد لدخوله
في البدل حيث جعل بدل الكتابة الف درهم ووطيها ففسدت
الكتابة ولو كاتب عبده على الف درهم على ان لا يخرج من المصر
او على ان لا يسافر فالشرط فاسد لانه يخالف مقتضى العقد
لان العقد يقتضي انفكاك الحجر وانفتاح طريق الاطلاق له الى

اي ملد ومكان شا فيفسد الشرط لكن لا يفسد عقد الكتابة به لانه شرط لا يرجع
الي صلب العقد ومثله من الشروط لا يوجب فساد العقد لما بينا من الفقه
فلو انها ادت الالف في المسئلة الاولي عتقت في قول عامة العلما وقال
بشر بن غياث المريسي لا يعتق **وجه قوله** ان المولي جعل شرط العتق
شيئين الالف ووطيها والمعلق بشرطين لا ينزل عند وجود احدهما
كما اذا كاتبها علي الف ورطل من خمر فادت الالف دون الخمر **ولنا**
ان الوطي لا يصلح عوضا في المكاتبة فلا يتعلق العتق به فالحق ذكره
بالعدم بخلاف الخمر فانه يصلح عوضا في الجملة لكونه مالا متقوما والتسليم
فلم يلتحق بالعدم وتعلق العتق بادايها ثم اذا ادت فعتقت ينظر
الي قيمتها فان كانت قيمتها الف درهم فلا شي للمولي عليها ولا لها علي
المولي لانها مضمونة بالقيمة لكونها مقبوضة بحكم عقد فاسد
والمقبوض بحكم عقد فاسد مضمون لانه يجب عليه رده وهو عاجز عن
رد عينه فيرد القيمة لقيامها مقام العين كذا هاهنا وجب عليها
رد نفسها وقد عجزت لنفوذ العتق فيها فترد القيمة وهي الف درهم
وقد وصل بتمامه الي المولي فلا يكون لاحدهما بعد ذلك علي صاحبه
سبيل كما لو باع رجل من اخر عبده بالف درهم ورطل من خمر وقبض البايع
الالف وسلم العبد الي المشتري وهلك في يده لا يرجع احدهما علي
صاحبه لوصول ما يستحقه البايع علي المشتري اليه فكذا هاهنا وان
كانت قيمة الجارية اكثر من الف رجع المولي عليها بما زاد علي الالف
لانها مضمونة بكمال قيمتها وما ادت اليه كمال قيمتها فيرجع عليها
وصار هذا كما اذا باع عبده من ذمي بالف ورطل من خمر وقبض الالف
وسلم العبد وهلك في يد المشتري وقيمته اكثر من الف انه يرجع
بما زاد لما قلنا كذا هذا وان كانت قيمة المكاتبة اقل من الالف وادت
الالف وعتقت هل ترجع علي المولي بما اخذ من الزيادة علي قيمتها
قال اصحابنا الثلاثة ليس لها ان ترجع وقال زفر رحمه الله لها ان ترجع
بالزيادة علي المولي **وجه قوله** ان المولي اخذ منها زيادة علي ما يستحقه
عليها فكانت الزيادة ماخوذة بغير حق فيجب ردها كما في البيع الفاسد
اذا استهلك المشتري المبيع انه ان كانت قيمته اكثر من الثمن يرجع
البايع علي المشتري بالزيادة وان كانت قيمته اقل يرجع المشتري علي
البايع بفضل الثمن كذا هاهنا **ولنا** انها لو رجعت عليه لادي الي
ابطال العتق لانها عتقت باداء المكاتبة فلو لم يسلم المودي للمكاتبة
والعتق لها لم يسلم المودي للمولي لان عقد المكاتبة مشتمل علي المعاوضة
وعلي التعليق واعتبار جانب المعاوضة يوجب لها حق الرجوع عليه بما زاد

علي القيمة واعتبار معني التعليق لا يوجب لها حق الرجوع كما لو قال لها ان
اديت الي الفا فانت حرة فادت الفا وحسابه وقيمتها الف عتقت ولا ترجع
عليه بشي فيقع الشك في ثبوت حق الرجوع فلا يثبت مع الشك وكذا لو
كاتبها وهي حامل علي الف علي ان ما في بطنها من ولد فهو له وليس في
المكاتبة او كاتب امة علي الف درهم علي ان كل ولد تلده فهو للسيد
فالمكاتبة فاسدة لانه شرط شرطا مخالفا لموجب العقد لان موجبه ان
كل ولد تلده يكون مكاتبا تبعا لها فكان هذا شرطا فاسدا وانه
داخل في صلب العقد لانه يرجع الي البدل فيوجب فساد العقد
وان ادت الالف عتقت لما قلنا ثم اذا عتقت ينظر الي قيمتها والي المودي
علي ما ذكرنا وكذا لو كاتب عبده علي الف درهم وعلي ان يخدمه ولم
يبين مقدار الخدمة فادي الالف عتق لما قلنا ثم ينظر الي قيمته علي
ما وصفنا ولو كاتبه علي الف منجمة علي انه ان عجز عن نجم منها
فمكاتبته الفا درهم لم يجز هذه المكاتبة لتمكن الغرر في البدل لانه
لا يدري انه يعجز او لا يعجز وتمكن الجهالة فيه جهالة فاحشة فيفسد
العقد ولنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة
وهذا كذلك ولو كاتبه علي الف يوديها الي غريم له فهو جايز وكذا اذا
كاتبه علي الف يضمنها لرجل عن سيده فالمكاتبة والضمان جايزان
بخلاف البيع اذا باع عبدا بالف درهم يوديها الي فلان او علي ان يضمنها
المشتري عن البايع لفلان ان البيع فاسد لان البيع يفسد بالشروط
الفاسدة وهو الشرط المخالف لمقتضي العقد والكتابة لا تفسد
بالشروط الفاسدة اذا لم تكن داخلة في صلب العقد كما لو كاتبه علي
الف علي ان لا يخرج من المصر ولا يسافر الا ان هناك شرط الضمان
باطل وهاهنا جايز لان ضمان المكاتب عن سيده وكفالته عنه
بما عليه جايز لان ذلك واجب عليه فلا يكون متبرعا في الضمان
وضمان المكاتب عن الاجنبي انما لا يصح لكونه متبرعا ولم يوجد
فان كاتبه علي الف درهم منجمة علي ان يودي اليه مع كل نجم ثوبا
وسمي نوعه لانه كاتبه علي بدل معلوم حيث سمي نوع الثوب فصار
الالف مع الثوب بدلا وكل واحد منهما معلوم **الا تري** ان كل
واحد منهما لو انفرد في العقد جاز فكذا اذا جمع بينهما وقد قال
اصحابنا انه لو ذكر مثل ذلك في البيع جاز بان يقول بعتك هذا
العبد بالف علي ان تعطيني معه مائة دينار وتصير الالف
والمائة دينار ثمنا لما قلنا كذا هاهنا وكذلك ان قال علي ان
تعطيني مع كل نجم عشرة دراهم وكذلك لو قال علي ان تودي مع مكاتبتك

عنه

الف درهم لان الكل صار بدلا في العقد ولو كاتبه على الف درهم وهي قيمته على انه اذا ادى وعتق فعليه الف اخرى جاز وكان الامر على ما قال اذا ادى هذه الالف وعتق وعليه الف اخرى بعد العتق لانه لو جعل الالفين جميعا بدل الكتابة لجاز ولو جعلهما جميعا بعد العتق جاز فكذا اذا جعل البعض قبل العتق والبعض بعده اعتبارا للجزء بالكل وان كاتبه على الف درهم على نفسه وماله بعني على ان يكون المكاتب احق بنفسه وماله فهو جائز وان كان للعبد الف او اكثر ولا يدخل بينه وبين عبده ربو كذا ذكر في الاصل وفرق بينه وبين البيع اذا باع عبده بالف درهم وما للعبد الف درهم انه لا يجوز البيع لان الالف تقابل الالف فيبقى العبد زيادة في عقد المعاوضة لا يقابلها عوض فيكون ربوا ولا يتحقق الربوا ههنا لان الربوا لا يجري بين العبد وسيده **هذا** معنى ما اشار اليه في الاصل ثم مال العبد ما حصل بعد العتق بتجارته او بقبول الهبة والصدقة لان ذلك ينسب الى العبد ولا يدخل فيه ما كان من مال المولى في يد العبد وقت العقد لان ذلك لا ينسب الى العبد ولا يدخل فيه الارش والعقر وان حصلا بعد العتق العقد ويكون للمولى لانه لا ينسب الى العبد بخلاف بيع الدرهم بالدرهمين انه لا يجوز ويكون ربوا لان مراد محمد رحمه الله من قوله انه لا يجري الربوا بين العبد وبين سيده فيما ليس بمعاوضة مطلقة والكتابة وان كان فيها معنى المعاوضة فليست بمعاوضة مطلقة وجريان الربوا يختص بالمعاوضات المطلقة بخلاف بيع الدرهم بالدرهمين لان ذلك معاوضة مطلقة لان المولى كالاجنبي عن كسب المكاتب **فهو الفرق** ولو اختلفا فقال المولى كان هذا قبل عقد الكتابة وقال المكاتب كان بعد العقد فالقول قول المكاتب لان الشي في يده فكان الظاهر شاهدا له فكان القول قوله ولو قال العبد كاتبني على الف درهم على ان اعطيها من مال فلان فكاتبه على ذلك صارت الكتابة لان هذا شرط فاسد والشروط الفاسدة لا تبطل الكتابة اذا لم تكن داخلة في صلب العقد ولو كاتبه على الف درهم على انه بالخيار او على ان العبد بالخيار يوما او يومين او ثلاثة ايام جاز لان جواز الخيار لا يبطل جواز الكتابة لا توجب الفصل ولان الحاجة قد تدعوا الى التامل ولان الكتابة عقد قابل للفسخ ولا يعتبر فيه القبض في المجلس فجاز ان يثبت فيه خيار الشرط كالبيع **فان قيل** ثبوت الخيار في البيع استحسان عندكم فلا يجوز قياس غيره عليه **فالجواب** ما ذكرنا ان عندنا يجوز القياس على موضع الاستحسان بشرطه وهو

ان يكون الحكم في موضع الاستحسان معقول المعنى ويكون مثل ذلك المعنى موجودا في موضع القياس وقد وجد ههنا على ما ذكرنا ولا يجوز شرط الخيار فيه اكثر من ثلثة ايام في قول ابي حنيفة رحمه الله فان ابطل خياره في الايام الثلاثة جاز كالبيع وان لم يبطل حتى مضت ثلاثة ايام يتمكن الفساد كما في البيع **وعندهما** يجوز قلت المدة او كثرت بعد ان كانت معلومة من شهر او نحو ذلك كما في البيع **فصل واما** بيان ما يملك المكاتب من التصرفات وما لا يملكه فله ان يبيع ويشتري لانه صار ماذونا في التجارة والبيع والشرا من باب التجارة وله ان يبيع بقليل الثمن وكثيره وباي جنس كان وبالنقد والنسيئة في قول ابي حنيفة رحمه الله **وعندهما** لا يملك البيع الا بما يتغابن الناس في مثله بالدراهم والدنانير وبالنقد لا بالنسيئة كالوكيل بالبيع المطلق **وهي** من مسايل كتاب الوكالة وله ان يبيع ويشتري من مولاه لان المكاتب فيما يرجع الى مكاسبه ومنافعه كالحر فكان بمنزلة الاجنبي فيجوز بيعه من مولاه وشراوه منه كما يجوز ذلك من الاجنبي الا انه لا يجوز له ان يبيع ما اشترى من مولاه مرابحة الا ان يبين وكذلك المولى فيما اشترى منه لان البيع المرابحة بيع امانة فيجب صيانته عن الخيانة وشبهة الخيانة ما امكن وكسب المكاتب مال المولى من وجه فيجب ان يبين حتى ترتفع الشبهة ولا يجوز ان يبيع من مولاه درهما بدرهمين لانه بعقد الكتابة صار احق بمكاسبه فصار كالاجنبي في المعاوضة المطلقة وكذا لا يجوز للمولى ذلك لما بينا وله ان ياذن لعبده في التجارة لان الاذن في التجارة وسيلة الى الاكتساب والمكاتب ماذون في الاكتساب فان لحقه دين بيع فيه الا ان يودي عنه المكاتب لان اذنه قد صح فصحت استدانته فيباع فيه كما في عبد الحر وله ان يحط شيا بعد البيع لعيب ادعي عليه او يزيد في ثمن شي قد اشتراه لانه بالكتابة صار ماذونا في التجارة وهذا من عمل التجار وليس له ان يحط بعد البيع بغير عيب ولو فعل لم يجز لانه من باب التبرع وهو لا يملك التبرع وهو لا يملك التبرع وله ان يرد ما اشتري بالعيب اذا لم يرض به سوا اشترى من اجنبي او من مولاه لانه اولى بكسبه من مولاه فصار كالعبد الماذون اذا كان عليه دين وله الشفعة فيما اشتراه المولى وللمولى الشفعة فيما اشتراه المكاتب لانه وجب عليه اداء بدل الكتابة ولا يمكنه الادا الا بالاكتساب والبيع والشرا اكتساب المال ولان المكاتبة اذن فيما اشتراه المكاتب لان املاكهما متميزة

ولهذا جاز بيع احدهما من صاحبه فصارا كالاجنبيين وله ان ياذن لعبده
في التجارة لانه من باب الاكتساب ولا يجوز هبة المكاتب شيئا من ماله
ولا اعتاقه سواء عجز بعد ذلك او عتق وترك وفاء لان هذا كله تبرع
وكسب المكاتب لا يحتمل التبرع وحكي عن ابن ابي ليلى انه قال عتقه
وهبته موقوف فان عتق يوما مضى ذلك عليه وان رجع
مملوكا بطل ذلك **وجه قوله** ان حال المكاتب موقوف بين ان يعتق
وبين ان يعجز فكذا حال عتقه وهبته **والجواب**
ان العقد عندنا انما يتوقف اذا كان له مجيز حال وقوعه وههنا
لا مجيز لعتقه حال وقوعه فلا يتوقف وسواء كان الاعتاق
بغير بدل او ببدل اما بغير بدل فلما قلنا واما ببدل فلان
الاعتاق ببدل ليس من باب الاكتساب لان العتق فيه يثبت
بنفس القبول ويبقى البدل في ذمة المفلس ولا يملك التعليق كما لا
يملك التنجيز حتى لو قال ان دخلت الدار فانت حر لا يصح وكذا
اذا قال له ان اديت الي الفا فانت حر لا يصح لان ذلك تعليق
وليس بمكاتبة لما ذكرنا في كتاب العتاق وللمكاتب ان يكاتب
عبدا من اكسابه استحسانا والقياس ان لا يجوز لانه عقد
يفضي الى العتق فلا يجوز كما لو اعتقه على مال **وجه الاستحسان**
ان المكاتبة نوع من اكتساب المال والمكاتب يملك اكتساب المال
ولهذا ملك البيع فكذا المكاتبة بخلاف الاعتاق على مال فان
ذلك ليس باكتساب المال **الا ترى** ان المكتسب بعد الاعتاق لا
يكون له بل يكون للعبد وانما كان المكاتب له دين متعلق بذمة
المفلس فكان ذلك اعتاقا بغير بدل من حيث المعنى وفي المكاتبة
المكتسب يكون للمكاتب فلم يكن اعتاقا بغير بدل فافترقا وكذا لو
اشترى المكاتب ذا رحم محرم منه لا يعتق لان شراء القريب
اعتاق وهو لا يملك الاعتاق ولو اشترى ذا رحم محرم من مولاه
لا يعتق على مولاه لان هذا كسب المكاتب والمولى لو اعتق عبدا
من اكسابه صريحا لا يعتق فبالشراء اولى فان ادى الاعلى اولا
عتق وثبت ولاؤه من المولى لان العتق حصل منه فاذا ادى
الاسفل بعد ذلك يثبت ولاؤه من الاعلى لانه بالعتق صار
من اهل ثبوت الولاء منه وان ادى الاسفل اولا يعتق ويثبت
ولاؤه من المولى ولا يثبت من الاعلى لانه ليس من اهل ثبوت الولاء
فان عتق بعد ذلك لا يرجع اليه الولاء لان ولاء العتاقة متى
ثبت لا يحتمل الانتقال بحال وان اديا جميعا معا ثبت ولاؤهما معا

من

من المولى وليس للمكاتب ان يكاتب ولده ولا والديه **والاصل** ان كل
من لا يجوز له ان يبيعه لا يجوز له ان يكاتبه تبعا للام وولده لان
هؤلاء يعتقون لعتقه فلا يجوز ان يسبق عتقهم عتقه ولانهم قد
دخلوا في كتابة المكاتب فلا يجوز ان يكاتبوا ثانيا بخلاف ام الولد
ولا يملك التصدق الا بشيء يسير حتى لا يجوز له ان يعطي فقيرا درهما
ولا ان يكسوه ثوبا وكذا لا يجوز ان يهدي الا شيئا قليلا من المأكول
وله ان يدعو الى الطعام لان ذلك عمل من عمل التجار **وقد**
روي ان سلمان اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان
مكاتبا فقبل ذلك منه **وكذا** روي انه صلى الله عليه وسلم كان
يجيب دعوة المملوك ولان ذلك وسيلة الى اداء الكتابة لانه
يجذب قلوب الناس فيحملهم ذلك على الاسداء اليه فيتمكن من اداء
بدل الكتابة ويملك الاجارة والاعارة والايداع لان الاجارة
من التجارة ولهذا ملكها المأذون بالتجارة والاعارة والايداع
من عمل التجار وضرورات التجارة ولا يجوز له ان يقرض لان القرض
تبرع بابتدائه وقيل معنى قوله لا يجوز اي لا يطيب للمستقرض
اكله لا ان لا يملكه المستقرض حتى لو تصرف فيه نفذ تصرفه لانه
تصرف في ملكه ويكون المستقرض مضمونا عليه وهكذا قلنا
في حق الاعتاق انه لا يجوز ومعناه انه لا يطيب له اكله لكنه
يكون مضمونا عليه حتى لو كان عبدا فاعتقه نفذ اعتاقه لانه
اعتق ملك نفسه كذا اقرض المكاتب ولا يجوز وصيته لانها تبرع
ولا يجوز كفالة المكاتب بالمال ولا بالنفس باذن المولى ولا بغير
اذنه لانها تبرع **اما** الكفالة بالنفس فلانها التزام تسليم المال
من غير عوض ان كانت بغير اذن المكفول عنه وان كانت باذنه فهي
وان كانت معاوضة له في الانتهاء فهي تبرع في الابتداء والمكاتب
ليس من اهل التبرع وسواء اذن له المولى فيها او لم ياذن لان
المولى لا يملك كسبه فلا يصح اذنه بالتبرع به ويجوز له ان
يتوكل بالشراء وان كان ذلك يوجب عليه ضمانا للبائع وهو
الثمن لان عند بعض مشايخنا ملك المبيع يثبت له اولا ثم
ينتقل منه الى الموكل فصار كالبيع منه وعند بعضهم ان كان لا
يثبت له لكن الوكالة من ضرورات التجارة فان ادى فعتق
لزمته الكفالة لان الكفالة وقعت صحيحة في حقه لانه اهل
الا انه لا يطالب به في الحال لانه لم يصح في حق المولى فاذا عتق
فقد زال حق المولى فيطالب به كالعبد المحجور اذا كفل ثم عتق

بخلاف الصبي اذا كفل ثم بلغ لان الصبي ليس من اهل الكفالة
لانه ليس له قول صحيح في نفسه بخلاف العبد وتجوز كفالته عن سيده
لان بدل الكتابة واجب عليه فلم يكن متبرعا بها والاداالية والي
غيره سوا **وهل** يجوز له قبول الحوالة فهذا على وجهين ان كان عليه
دين لانسان وعلى صاحب الدين دين لاخر فاحاله على المكاتب
فهو جايز لانه ضمن ما لا كان واجبا عليه فلم يكن متبرعا **ولا فرق**
بين ان يودي الى هذا او الى غيره وان كان لانسان على اخر دين
فاحاله على المكاتب وقبل الحوالة وليس عليه دين للذي احال عليه
لا يجوز لانه تبرع وله ان يشارك حرا شركة عنان وليس له ان
يشاركه شركة معاوضة لان مبنى المعاوضة على الكفالة وليس
من اهل الكفالة وشركة العنان غير مبنية على الكفالة بل على
الوكالة والمكاتب من اهل الوكالة ولو كاتب الرجل عبدين له
مكاتبة واحدة على الف درهم على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه
فهذه المسئلة على ثلاثة اوجه **اما** ان كاتبهما على مال وجعل
كل واحد منهما كفيلا على صاحبه واما ان يكاتبهما على مال ولم يجعل
كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه ولكنه قال ان اديا عتقا
وان عجزا ردا في الرق **واما** ان كاتبهما على مال ولم يجعل كل واحد
منهما عن صاحبه ولم يقل ان اديا عتقا وان عجزا ردا في الرق
اما اذا كاتبهما على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فالقياس
ان لا تجوز هذه الكتابة وفي الاستحسان تجوز اذا قبلا **وجه القياس**
الاستحسان ان هذا ليس بكفالة في الحقيقة بل هو تعليق العتق
بالاداء والمولى يملك عتق تعليق عتقهما باداء كل واحد منهما ولو
فعل هكذا كان جايزا كذلك هذا **واما** اذا كاتبهما على الف درهم
على انهما ان اديا عتقا وان عجزا ردا في الرق فكذلك الجواب
في قول علمائنا الثلاثة وعند زفر رحمه الله كل واحد منهما مكاتب
على حدة فايهما ادى حصته يعتق **وجه قوله** ان كل واحد منهما يلزمه
كتابة نفسه خاصة فلا يجب عليه كتابة غيره ما لم يشترطا ولم
يوجد الشرط **ولنا** ان المولى علق عتقهما باداء الالف فما لم يوجد
لا يقع العتق كما اذا قال لعبدين له ان دخلتما هذه الدار فانتما
حران فدخل احدهما لا يعتق ما لم يدخلا جميعا فكذلك ههنا
لا يعتق ما لم يدخلا جميعا فكذلك ههنا لا يعتق واحد منهما الا
باداء الالف واذا لم يعتق واحد فصار كما اذا كفل كل واحد
منهما عن صاحبه **ونظير** هذا الاختلاف ما قالوا في كتاب الطلاق

والعتاق ان من قال لامراتين له ان شئتما فانتما طالقان او قال
لعبدين له ان شئتما فانتما حران ان على قول زفر ايهما شا يعتق
فانصرف مشيئة كل واحد منهما الى عتق نفسه وطلاق نفسها وفي
قول علمائنا الثلاثة ما لم توجد مشيئتهما جميعا في طلاقهما جميعا
او في عتقهما جميعا لا يعتق واحد منهما كذلك ههنا **واما الفصل**
الثالث وهو ما اذا كاتبهما على الف درهم ولم يقل ان اديا عتقا
وان عجزا ردا في الرق فايهما ادى حصته فانه يعتق في قولهم جميعا
لانه لم يعلق عتقهما باداهما جميعا فانصرف نصيب كل واحد منهما
اليه خاصة وصار كل واحد منهما مكاتبا على حدة ثم اذا كاتبهما
كتابة واحدة فادى احدهما شيا منه كان له ان يرجع على صاحبه
فادى احدهما شيا منه كان له ان يرجع على صاحبه بنصفه بخلاف
ما اذا كان الدين على رجلين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه
فادى احدهما شيا انه لا يرجع على صاحبه ما لم يجاوز النصف
رجع على صاحبه بالزيادة **وجه الفرق** ان في مسئلتنا هذه
لو جعلنا اداه عن نفسه كان ادى ذلك الى تغيير شرط المولى لانه
يعتق ومن شرط المولى عتقهما جميعا فاذا كان الامر هكذا فكان
اداوه عن نفسه وعن صاحبه حتى لا يودي الى تغيير شرط المولى
وهذا المعنى لم يوجد في تلك المسئلة فان اداه عن نفسه لا يودي
الى تغيير شرط المولى فكان اداوه عن نفسه الى النصف لان نصف
الدين عليه فان مات احد المكاتبين لا يسقط شي من الكتابة
ويوخذ من الحي جميع الكتابة ومثله لو اعتق احدهما سقطت حصته
ووجه الفرق بينهما ان الميت من اهل ان يكون عليه الكتابة
الا ترى ان المكاتب اذا مات عن وفا يودي كتابته وكذا لو ترك
ولدا يوخذ منه الكتابة فاما المعتق فليس من اهل ان تجب
عليه الكتابة **الا ترى** ان المكاتب لو كان واحدا فاعتقه المولى
بطلت عنه الكتابة فكذلك ههنا تبطل حصته والمولى بالخيار
ان شا اخذ بحصة المكاتب وان شا اخذ المعتق بحق الكفالة
فان اخذ المكاتب لا يرجع عليه لانه ادى دين نفسه وان اخذ
المعتق وادى رجع على المكاتب لانه كفيله ولا يجوز للمكاتب
ان يتزوج بغير اذن مولاه وكذا المكاتبة لان المكاتب عبد
ما بقي عليه درهم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان المولى يملك رقبة
المكاتب والمكاتب يملك منافعه ومكاسبه فصار بمنزلة عبد مشترك

بين اثنين انه لا ينفرد احدهما بالنكاح ولا يزوج ابنه وابنته لان
جواز النكاح يعتمد الولاية ولا ولاية له اذ هو عبد ولا يزوج عبده
لما قلنا ويزوج امته ومكاتبته لان تزويجهما من باب الاكتساب
وعقد الكتابة عقد اكتساب المال بخلاف تزويج العبد لانه يتعلق
المهر برقبته فلم يكن اكتسابا ويجوز اقراره بالدين واستيفاؤه لان
ذلك من ضرورات التجارة والمكاتبة اذن في التجارة فكان اذنا
بما هو من ضرورات التجارة ولا يجوز وصية المكاتب في ماله وان
ترك وفاء اما اذا لم يترك وفاء فلا شك فيه لانه مات عبدا فلا
يجوز وصيته **واما** اذا ترك وفاء فلانا وان حكمنا بعتقه فانما
حكمنا به قبيل الموت بلا فصل وتلك ساعة لطيفة لا تتسع للفظ
الوصية ولو اوصى ثم ادى الكتابة في حال حياته وعتق فان ه
وصيته على ثلاثة اوجه في وجه لا تجوز بالاجماع وفي وجه تجوز
بالاجماع وفي وجه اختلفوا فيه **اما** الوجه الذي يجوز بالاجماع
فهو ان يقول اذا اعتقت فثلث مالي وصية فادى فعتق ثم
مات صحت وصيته بالاجماع لانه اضاف الوصية الى حال الحرية
والحر من اهل الوصية **واما** الوجه الذي لا يجوز بالاجماع وهو
ان يوصي بعين ماله لرجل فادى فعتق ثم مات لا يجوز لانه ما ه
اضاف الوصية الى حال الحرية وانما اوصى بعين ماله فيتعلق
بملكه في ذلك الوقت وهو ملك المكاتب وملك المكاتب لا يحتمل
التبرع فلا يجوز الا اذا اجاز تلك الوصية بعد العتق فيجوز
لان الوصية مما يجوز بلفظ الاجازة بدليل ان رجلا لو قال
لورثته اجزت لكم ان تعطوا ثلث مالي فلانا كان ذلك منه ه
وصيته **واما** الوجه الذي اختلفوا فيه فهو ما اذا اوصى بثلث
ماله ثم ادى وعتق ثم مات قال ابو حنيفة رحمه الله لا تجوز الوصية
الا ان يجددها بعد العتق لانها تعلقت بملك المكاتب
وملكه لا يحتمل وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تجوز
وهذا نظير ما ذكرنا في كتاب العتاق انه اذا قال العبد او
المكاتب كل مملوك املكه اذا اعتقت فهو حر فاعتق ثم ملك
مملوكا يعتق بالاجماع ولو لم يقل اذا اعتقت لا يعتق بالاجماع
ولو قال كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر فعتق وملك ه
مملوكا لا يعتق في قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يعتق ه
والحجج على نحو ما ذكرنا في العتاق ويجوز للمكاتب قبول الصدقات
لقوله تعالى في اية الصدقات وفي الرقاب **قيل** في التفسير

المراد بها المكاتبون ويحل للمولى ان ياخذ ذلك منه قضاء من المكاتبة ويحل له ه
تناوله بعد العجز وان كان المولى غنيا لان العين تختلف باختلاف اسباب ه
الملك حكما وان كانت عينا واحدة حقيقة **والاصل** فيه ما روي ان بريرة ه
كانت يتصدق عليها وكانت تهدي ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
وكان يأكل ذلك ويقول هو لها صدقة ولنا هدية وكذلك الفقير اذا
ترك مالا جمعه من الصدقات ووارثه غني يحل له اكله لما قلنا ه
ولو اوصى المكاتب الى رجل اي جعله وصيا ثم مات فان مات من غير
وفاء بطل ايصاؤه لانه مات عبدا والعبد ليس من اهل الايصاء ه
وان مات بعد ما ادى بدل الكتابة جاز الايصاء ويكون وصيه كوصية
الحر لان الولاية انما تنتقل اليه عند الموت وعند الموت كان حرا ه
فتنتقل الولاية اليه فصار كوصي الحر وان مات عن وفاء ولم يؤد
في حال حياته فان وصيه يكون وصيا على اولاده الذين دخلوا ه
في كتابته دون الاولاد الاحرار الذين دخلوا في كتابته دون الاولاد
الاحرار الذين دخلوا في كتابته ولدوا من امراة اخرى حرة ويكون
اضعف الاوصياء كوصي الام فيكون له ولاية الحفظ ولا يكون له
ولاية البيع والشرا على رواية الزيادات **و**على رواية كتاب القسمة
جعل كوصي الاب حتى اجاز قسمته في العقارات والقسمة بمعنى ه
البيع والله اعلم **فصل واما** بيان ما يملك المولى من التصرف
في المكاتب وما لا يملكه فيشتمل عليه حكم المكاتبة نذكره في فصل ه
الحكم ان شاء الله تعالى **فصل واما** صفة المكاتبة **فنوعان**
احدهما انه عقد لازم في جانب المولى اذا كان صحيحا حتى لا يملك فسخه
من غير رضا المكاتب اذا لم يخل بنجم او نجمين على الخلاف غير لازم في جانب
المكاتب حتى ينفرد بفسخه من غير رضا المولى لانه عقد شرع نظرا
للعبد وتمام نظرهم في ان لا يلزم في حقهم ويجوز رد المكاتب الى ه
الرق وفسخ الكتابة دون قضاء القاضي عند عامة العلماء وقال
ابن ابي ليلى لا يجوز رده الا عند القاضي لان العقد قد صح فلا ه
ينفسخ الا بقضاء القاضي **ولنا** ما روي عن عبد الله بن عمر رضي
الله عنهما انه اجاز ذلك ولم ينقل عن غيره خلافه واليه ه
اشار في الاصل فقال بلغنا ذلك عن ابن عمر رضي الله عنهما ولان
المكاتب قد ثبت له الخيار في عقد الكتابة لان له ان يعجز نفسه
ومن له الخيار في العقد اذا فسخ العقد يصح فسخه دون القاضي
كالبيع بشرط الخيار وغيره فاما الفاسد منه فغير لازم
من الجانبين حتى ينفرد كل واحد منهما بالفسخ من غير رضا الاخر

لان العقد الفاسد واجب النقض والفسخ حقا للشرع دفعا للفساد
كالبيع الفاسد وغيره **والثاني** انها متجزية في قول ابي حنيفة رحمه
الله **وعندهما** غير متجزية لانها عقد يفضي الى العتق والعتق متجز عنده
وعندهما غير متجز فيه لا يتجزى كذا هذه المكاتبة **وعلى هذا تخرج**
ما اذا كاتب رجل نصف عبده انه جازت الكتابة في النصف وصار
نصفه مكاتبا عند ابي حنيفة رحمه الله لان الكتابة متجزية عنده
فصحت في ذلك النصف لا غير وصار في النصف الاخر ماذونا
في التجارة لان الكتابة تقتضي وجوب اداء بدل الكتابة ولا
يمكنه الاداء الا بالاذن والاذن لا يتجزى فصار الاذن
في قدر الكتابة اذنا في الكل فصار ماذونا في الكل ونصفه
مكاتب فان ادى عتق نصفه وصار النصف الاخر مستسعى فان
شاء اعتق وان شاء استسعى غير مستوق عنده بمنزلة رجل
اعتق نصف عبده فان اكتسب العبد مالا قبل الاداء فنصفه له
ونصفه للمولى في قول ابي حنيفة لان نصفه مكاتب ونصفه رقيق
وفي قولهما الكسب كله للمكاتب لان كله صار مكاتبا وما اكتسب بعد
الاداء فكله للمكاتب بالاجماع وليس للمولى فيه شي **اما على قولهما**
فلا يشكل لانه حر عليه دين **واما** على اصل ابي حنيفة فلان
المستسعى كالمكاتب وكسب المكاتب له واذا كاتب نصف عبده
ثم اراد ان يحول بينه وبين الكسب لم يكن له ذلك لانه لما كاتب
نصفه فقد اذن له بالاكتساب لانه لا يتوصل الى اداء بدل
الكتابة الا بالكسب فلا يملك الحجر عليه الا بعد فسخ الكتابة
ولا ينفسخ الا برضاه بخلاف العبد الماذون كله انما يملك حجره
ومنعه عن الاكتساب لانه انما صار ماذونا بالقول فيصير
محجورا عليه بحجره والاذن ههنا لا يثبت بالقول بل بمقتضى
الكتابة فلا يصير محجورا الا بفسخ الكتابة فان اراد ان يخرج
من المصر فله ان يمنعه في القياس ولكن استحسن ان لا يمنعه
وكذلك اذا اراد ان يستخدمه يوما او يستسعيه يوما ويخلي
عنه يوما للكسب له ذلك في القياس **ولكنا** نستحسن ان لا يتعرض
له في شي حتى يودي او يعجز كذا ذكر في الاصل **وجه القياس**
ان نصفه رقيق لم تزل يده عنه فله ان يمنعه عن الخروج من
المصر لاجل النصف **فنقول** له ان كان نصفك مكاتبا فالنصف
الاخر غير مكاتب فلي المنع فكان له ان يمسكه ويستخدمه يوما
كالعبد المشترك **وجه الاستحسان** انه بعقد الكتابة صار ماذونا

بالاكتساب وذلك بالخروج الى الامصار فلا يجوز له منعه وان يحول
بينه وبين الاكتساب بالاستخدام ولا يمكنه ان يخرج بالنصف دون
النصف او يستخدم النصف دون النصف فاما ان يجعل النصف
الذي هو مكاتب تبعا للنصف الذي ليس بمكاتب او يجعل النصف
الذي هو مكاتب تبعا للنصف الذي هو مكاتب وهذا الثاني
اولى لان الحرية والرق اذا اجتمعا غلبت الحرية الرق وفي هذه
الكتابة شعبة من العتق لانها تعقد للعتق في المستقبل وهي
سبب من اسبابه واذا كاتب نصف عبده ثم اراد ان يبيع الباقي
فان باعه من غير العبد لا يجوز لان حق الحرية تعلق بالرقبة
فلا يجوز بيعه من غيره كما لو اعتق نصفه او دبر نصفه ثم باعه انه
لا يجوز كذا هذا ولان المكاتب له ان يكتسب ويخرج من المصر بغير اذن
المولى فصار كانه باعه بشرط ان لا يسلم الى المشتري ولو فعل هكذا
كان البيع فاسدا كذلك هذا ولو باع نصف نفسه من العبد يجوز
لان بيع العبد من نفسه ليس ببيع في الحقيقة بل اعتاق بمال
بدليل ان الولاء يثبت منه وبدليل انه لو باع نفس المدبر من
المدبر يجوز ولو كان بيعا لما جاز واذا عتق نصفه فالعبد
بالخيار ان شاء ادى الكتابة وعتق وان شاء عجز وسعى في نصف
قيمته لانه توجه اليه وجها عتق في ذلك النصف عتق باداء
الكتابة وعتق بالسعاية فله ان يميل الى اي الوجهين شاء
عبد بين رجلين كاتبه احدهما فالامر لا يخلو اما ان كاتب نصفه
او كله وكل ذلك لا يخلو من ان يكون باذن شريكه او بغير
اذنه واذا اذن فلا يخلو اما ان اذن له بقبض بدل الكتابة
او لم ياذن فان كاتب نصفه بغير اذن شريكه صار نصيبه
مكاتبا لكن لشريكه ان ينقض المكاتبة لانه يتضرر به في الحال
وفي ثاني الحال لانه لا يجوز بيعه في الحال لان نصفه مكاتب
وفي الثاني يصير مستسعى فكان له حق الفسخ والكتابة تحتمل
الفسخ ولا يصح فسخه الا بقضاء القاضي لان الشريك الذي
كاتب تصرف في ملك نفسه فلا ينفسخ تصرفه الا بقضاء
القاضي او برضا العبد فان لم يعلم به الشريك حتى ادى عتق
نصفه لان الكتابة نفذت في نصيبه فاذا وجد شرط العتق
عتق **ثم** الذي لم يكاتب له ان يرجع على الشريك فيقبض
منه نصف ما اخذ كان كسب عبد بينهما فكان له ان يشاركه في الماخوذ
ثم الذي كاتب له ان يرجع على العبد بما قبض شريكه منه لانه

كاتبه علي بدل ولم يسلم له الا نصفه فكان له ان يرجع عليه الي تمام البدل
وما يكون من الكسب في يد العبد له نصفه بالكتابه ونصفه لشريكه الذي
لم يكاتب هذا في الكسب الذي اكتسبه قبل الادا **واما** ما اكتسبه بعد
الادا فهو له خاصه لانه بعد الادا يصير مستسعا والمستسعا احق بمنافعه
ومكاسبه من السيد فان اختلف العبد والمولي **فقال** العبد هذا كسب
اكتسبته بعد الادا وقال المولي لا بل اكتسبته قبل الادا فالقول
قول العبد لان الكسب شي حادث فيحال حدوثه الي اقرب الاوقات
وصار الحكم عبد بين اثنين اعتقه احدهما فان كان موسرا فللشريك
ثلاث خيارات وان كان معسرا فخياران **هذا** اذا كان بغير اذن
الشريك فاما اذا كان باذنه فان كان لم ياذن له بقبض الكتابه
فهذا والاول سوا الا ان في فصلين **احدهما** ان لا يكون له حق الفسخ
ههنا لوجود الرضا **والثاني** انه ليس له ان يضمنه نصف القيمه
بعد ما عتق لانه رضي بالعتاق حيث اذن له في الكتابه وان كان
اذن له بقبض بدل الكتابه فهذا والاول سوا الا ان في ثلاثه
فصول **اثنين** قد ذكرناهما **والثالث** ان ما قبض ليس له ان يشاركه
هذا اذا كاتب بغير اذن الشريك فاما اذا كان باذنه واجازه
قبل ان يودي صار مكاتبا بينهما فلا يعتق جميعه الا بادا الالف
اليهما جميعا فاذا ادي اليهما معا عتق وان ادي الي احدهما اولا
لا يعتق لان المكاتبه وقعت بصيغة واحده **هذا** اذا لم ياذن
بقبض الكتابه فلو اذن له بقبض الكتابه فان ادي اليهما عتق كله
وان ادي جميعه الي الذي كاتب عتق كله والولا بينهما وان ادي
كله الي الشريك لا يعتق حتى يصل نصفه الي شريكه **هذا** كله قول
ابي حنيفه رحمه الله . **واما** على قولهما فان كتابة النصف وكتابة الجميع
سوا لان الكتابه عندهما لا تتجزى فان لم يجز صاحبه حتى ادي يعتق
كله وياخذ الشريك منه نصف ما قبض ولا يرجع هو على العبد
بما قبض منه شريكه ونصف الكسب الفاضل للمكاتب ونصفه للذي
لم يكاتب والولا كله للذي كاتب ويضمن حصة شريكه ان كان موسرا
ويسعي العبد ان كان معسرا وان اجاز شريكه صار مكاتبا
بينهما فان ادي اليهما معا عتق والولا بينهما وجميع الكسب
للمكاتب وان ادي الي احدهما لا يعتق حتى يصل نصفه الي الاخر
الا اذا اذن لشريكه بقبض الكتابه فان ادي كله الي المامور
عتق وان ادي كله الي الامر لا يعتق حتى يصل نصفه الي
المامور ولو كان عبد بين رجلين كاتب كل واحد منهما نصيبه على

الانفراد

الانفراد بان كاتب احدهما نصيبه علي الف درهم ثم كاتب الاخر نصيبه
علي ماية دينار صار نصيب كل واحد منهما مكاتبا له فاذا ادي اليهما
معا عتق وان ادي الي احدهما عتق نصيبه ولا يشاركه الاخر فيما
قبض لانه لما كاتب صار راضيا بكتابته وللمكاتب ان يقضي عن احدهما
دون غيره ونصيب الاخر مكاتب على حاله فاذا ادي نصيب الاخر
عتق والولا بينهما وان لم يود نصيب الاخر ولكنه عجز صار كعبد
بين اثنين اعتقه احدهما والجواب فيه معروف وكذلك لو كاتب
كل واحد جميع العبد صار نصيب كل واحد مكاتبا له بالبدل الذي
سمي فما لم يوجد جميع المسمي لا يعتق والحكم فيه ما ذكرنا ان لو كاتب
كل واحد نصيبه **وهذا** قول ابي حنيفه رحمه الله **واما** على قولهما
فكتابة البعض وكتابة الكل سوا فان ادي اليهما عتق والولا بينهما
وان ادي الي احدهما اولا عتق كله من المودي اليه وثبت الولا
منه ويضمن ان كان موسرا ويسعي العبد ان كان معسرا الا ان
علي ان قول محمد رحمه الله يضمن او يسعي العبد في نصف القيمه او
في كتابة الاخر في الاقل منهما **قال** ابو يوسف رحمه الله تعالي
بطلت كتابة الاخر وانما يضمن او يسعي في نصف قيمته لا غير
ولو كان عبد بين اثنين فكاتباه جميعا مكاتبة واحده فادي الي احدهما
حصته منه ما لم يود جميع المكاتبه اليهما لانهما جعلا شرط عتقه
ادا جميع المكاتبه فلا يعتق الا بوجود الشرط بخلاف ما اذا كانه
لكل واحد منهما عبد فكاتباهما جميعا ان كل واحد منهما يكون مكاتبا
علي حدة حتى لو ادي حصته يعتق لان ههنا لو جعل كل نصف مكاتبا
علي حدة لادي الي تغيير شرطهما لان شرطهما ان يعتق باداء الكل فلا
يعتق احدهما الا باداء جميع الكتابه حتى يودي الي تغيير الشرط
وهذا المعني لم يوجد هناك لان عتق احدهما لا يوثر في الاخر
وكان الشرط فيه لغوا مكاتب بين رجلين اعتقه احدهما قال
ابو حنيفه رحمه الله لا ضمان عليه في ذلك لشريكه موسرا كان
او معسرا الا ان نصيب الاخر مكاتب على حاله لكون العتق متجزيا
عنده فان ادي عتق والولا بينهما لوجود الاعتاق منهما وان
عجز صار كعبد بين اثنين اعتقه احدهما والحكم فيه ما ذكرنا في
كتاب العتاق وعلى قولهما عتق كله لان الاعتاق لا يتجزي
عندهما والولا له لان الاعتاق منه الا ان على قول ابي يوسف
رحمه الله صار كحكم عبد بين اثنين اعتقه احدهما وعلى
قول محمد رحمه الله ان كان المعتق موسرا ينظر الي قدر شريكه والي

باقي الكتابة فايهما كان اقل ضمن ذلك وان كان معسرا سعى العبد في الاقل
فان لم يعتقه احدهما ولكن دبره صار نصيبه مدبرا ويكون مكاتبا على
حاله لان التدبير لا ينافي الكتابة فان ادى الكل عتق وان لو لا يتيسر منهما
وان عجز صار كعبد بين اثنين دبره احدهما صار نصيبه مدبرا ولشريكه
خمس خيارات ان كان موسرا وان كان معسرا فاربع خيارات وهذا قول
ابي حنيفة وفي قولهما صار كله مدبرا لان التدبير لا يتجزى فبطلت الكتابة
ويضمن لشريكه نصف القيمة موسرا كان او معسرا في قول ابي يوسف
رحمه الله وعلى قياس قول محمد رحمه الله وجب ان يضمن الاقل من نصف
القيمة ومن جميع ما بقي من الكتابة ولو لم يدبره ولكن كاتب جارية
فجاءت بولد فادعاه احدهما ثبت نسب الولد منه وصار نصيبه
ام ولد له **اما** ثبوت النسب فلا خلاف فيه تاويل الملك ثم
المكاتبة بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها
لانه قد ثبت لها حق الحرية من وجهين فلها ان تختار ايهما شاءت
ولا تصير كلها ام ولد له لان الاستيلاد عندنا يتجزى فيما لا يمكن نقل
الملك فيه فان مضت على الكتابة اخذت منه عقرها واستعانت
به على اداء بدل الكتابة وان عجزت نفسها وردت الى الرق فابقاه
نصيب ام ولد للمستولد لان المعنى المانع من نقل الملك فيها قد زال
ويضمن للشريك نصف قيمتها مكاتبة ونصف عقرها ولا يغرم
من قيمة الولد شيئا **وهذا** قول ابي حنيفة رحمه الله وعلى قولهما صارت
الجارية كلها ام ولد لان الاستيلاد لا يتجزى وبطلت الكتابة
فيغرم للشريك نصف القيمة ونصف العقر موسرا كان او معسرا
وعلى قول محمد رحمه الله وجب ان يضمن الاقل من نصف القيمة ومن
كتابة شريكه **عبد كافر** بين مسلم وذمي فكاتب الذمي نصيبه
باذن شريكه على خمر جازت الكتابة في قول ابي حنيفة رحمه الله ولا
تجوز في قول ابي يوسف رحمه الله ولا شركة للمسلم فيما اخذ النصراني
منه من الخمر بناء على ان الكتابة متجزية عند ابي حنيفة كالعتق
فلما كاتب الذمي نصيبه على خمر باذن شريكه وقعت المكاتبة على
نصيب شريكه نفسه خاصة والذمي اذا كاتب نصيبه على خمر جاز
كما لو باع نصيبه بخمر **واما** عندهما فالكتابة فاسدة لان من اصلهما
ان العقد انعقد لهما حيث كاتب باذن شريكه فلما بطل نصيب المسلم
بطل نصيب المسلم بطل نصيب الذمي لانها كتابة واحدة فاذا بطل
بعضها بطل كلها ولا شركة للمسلم فيما اخذ النصراني منه من الخمر
لان المسلم ممنوع من قبض الخمر فان كاتباه جميعا على خمر مكاتبة واحدة

لم يجز في نصيب واحد منهما اما في نصيب المسلم فلا يشكل واما في نصيب
الذمي فلان المكاتبة واحدة فاذا بطل بعضها بطل الكل ولو ادى اليهما
عتق وعليه قيمته للمسلم وللذمي نصف الخمر وانما عتق بالاداء اليهما
فلان الكتابة فاسدة وهذا حكم الكتابة الفاسدة انه اذا ادى
يعتق كما اذا كاتب المسلم عبده على خمر فادى الا انه يسعى في نصف
قيمته للمسلم ولا يسعى في نصيب الذمي لان الذمي قد سلم له شرطه
لان الخمر مال متقوم في حقه وليس بمال متقوم في حق المسلم فيسعى
في نصف قيمته له والله اعلم **فصل واما** حكم المكاتبة ويندرج
فيها بيان ما يملكه المولى من التصرف في المكاتب وما لا يملكه **فنقول**
وبالله التوفيق **المكاتبة** انواع ثلاثة صحيحة وفاسدة وباطلة
اما الصحيحة فلها احكام بعضها يتعلق بما قبل اداء الكتابة
وبعضها يتعلق باداء بدل الكتابة **اما الاول** فزوال يد المولى
عن المكاتب وصيرورة المكاتب احق بمنافعه ومكاسبه وصيرورة
المولى كالاجنبي عنهما وثبوت حق المطالبة للمولى ببدل الكتابة
وثبوت حق الحرية للمكاتب لان ما هو المقصود من هذا العقد
من الجانبين لا يحصل بدونها وهل تزول رقبة المكاتب عن ملك
المولى بالكتابة **اختلف المشايخ** فيه قال عامتهم لا تزول وقال
بعضهم تزول عن ملكها ولا يملكها العبد بمنزلة البيع بشرط الخيار
للمشتري على اصل ابي حنيفة رحمه الله ان المبيع يزول عن ملك
البائع ولا يدخل في ملك المشتري وهذا غير سديد لان الملك
صفة اضافية فيستحيل وجوده بدون المضاف اليه كسائر
الاوصاف الاضافية من الابوة والبنوة والاخوة والشركة
ونحوها فلا يتصور وجود مملوك لا مالك له وهكذا نقول
في باب البيع لان المبيع في الحقيقة ملك البائع او ملك المشتري
الا انا لا نعلم ذلك في الحال لانا لا نعلم ان العقد يجاز
او يفسخ فيتوقف في علمنا بجهلنا بعاقبة الامر وعند الاجازة
او الفسخ يتبين انه كان ثابتا للمشتري او للبائع من وقت
البيع حتى يظهر في حق الزوائد هذا معنى قول ابي حنيفة رحمه
الله في تلك المسئلة **وبيان هذه الجملة** في مسائل **اذا** كاتب عبده
كتابة صحيحة صار ماذونا في التجارة لانه وجب عليه اداء بدل
الكتابة ولا يتمكن من الاداء الا بالكسب والتجارة كسب وليس له
ان يمنعه من الكسب ولا من السفر ولو شرط عليه ان لا يسافر كان
الشرط باطلا والكتابة صحيحة لما مر وليس له ان ياخذ الكسب

من يده لان كسبه له ولا يجوز له اجارته ورهنه لان الاجارة تمليك المنفعة
ومنافع المكاتب له والرهن اثبات ملك اليد للمرتهن وملك اليد للمكاتب
ولا يجوز استخدامه واستغلاله لان ذلك تصرف في المنفعة والمنافع
له ويجوز اعتاقه ابتدا بلا خلاف لان جوازه يعتمد ملك الرقبة
وانه قايم سوا كان المولى صحيحا او مريضا غير انه ان كان صحيحا
يعتق مجانا وان كان مريضا والعبد يخرج من الثلث فكذلك
وكذلك ان كان لا يخرج من الثلث ولكن اجازت الورثة وان لم
تجز الورثة فله الخيار في قول ابي حنيفة رحمه الله ان شا سعي في
ثلثي القيمة حالا وان شا سعي في ثلثي الكتابة موجلا وعند
ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لا خيار له ويسعى في الاقل لان الكتابة قد
سبقت الاعتاق والاعتاق في المرض بمنزلة التدبير ولو دبره
كان حكم هذا على ما ذكرنا في كتاب التدبير كذا اذا اعتقه في المرض
ويجوز اعتاقه عن الكفارة عندنا خلافا للشافعي رحمه الله
والمسيلة تذكر في كتاب الكفارات ان شا الله تعالى ولو اعتق
الولد المولود او المشتري في الكتابة جاز ولا يسقط شي من بدل
الكتابة والقياس ان لا يجوز اعتاقه وهو قول زفر رحمه الله تعالى
وجه القياس ان في اعتاقه الولد ابطال حق المكاتب لانه يملك
كسب ولده المولود والمشترا وبالاعتاق يبطل واليه اشار في
الاصل فقال لان للمكاتب ان يستخدمهم **وجه الاستحسان** ان
المكاتب انما يسعى في حرية نفسه واولاده وقد نال هذا المقصود
وانما لا يسقط من بدل الكتابة شي لان البدل كله على المكاتب فلا
يسقط شي منه بعتق الولد ولو اعتق ام ولد مكاتبه لم يجز لان
المكاتب او عتق كانت هي ام ولد على حالها لا يفالم تصر مكاتبه
بكتابته فلا تعتق بعتق المكاتب ولا يجوز له بيع المكاتب بغير رضاه
بلا خلاف لان فيه ابطال حق المكاتب من غير رضاه وهو حق الحرية
فلا يجوز بيعه كالمدبر وام الولد وان رضي به المكاتب جاز ويكون
ذلك فسخا للكتابة لان امتناع الجواز كان لحق المكاتب فاذا رضي
فقد زال المانع وذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله ان المولى والمكاتب
اذا اجتمعا في البيع قال البيع لا يجوز **والصحيح** جواب ظاهر الرواية
لانه لما باع المولى برضاه فقد تراضيا على الفسخ فيكون اقالة
والكتابة يحتمل الاقالة **وما روي** عن عايشة رضي الله عنها انها
اشترت بريرة وكانت مكاتبة محمول على ان ذلك كان برضاها
وعلى هذا الهبة والصدقة والوصية ولو كانت جارية لا يحل له وطيها

والاستمتاع بها لان ذلك انتفاع بها والمولى كالاجنبي في منافعها ولو وطيها
غرم العقر لها تستعين به على الكتابة لانه بدل المنفعة مملوكة لها ولو وطيها
فعلقت منه ثبت نسب الولد اذا ادعاه لان النسب يثبت بشبهة الملك
وتاويل الملك فلان يثبت بحقيقة الملك اولى ضرورة فتمه المكاتبة او كذبته
لما مر ثم ان جات بولد لاكثر من ستة اشهر فعليه العقر وان جات
به لاقل من ستة اشهر فلا عقر عليه والمكاتبة بالخيار ان شات مضت
على كتابتها فادت وعتقت واخذت العقر اذا كان العلوق في حال الكتابة
وان شات عجزت نفسها وصارت ام ولد له وسقط العقر لما ذكرناه
في كتاب الاستيلاد ولو جنى المولى على المكاتب غرم الارش تستعين
به على الكتابة ولو استهلك شيا من كسبه فهو دين عليه لانه احق بكسبه
من المولى فكان في مكاسبه كالحر وكذا ما استهلك المكاتب من مال المولى
لما قلنا ولو اشترى المكاتب امراته لا ينفسخ النكاح وكذا اذا اشترت
المكاتبة زوجها لان الثابت للمكاتب حق الملك لا حقيقة الملك وحق الملك
يمنع ابتدا النكاح ولا يمنع البقا كالعدة انها تمنع من انشا النكاح
واذا طرت على النكاح لا تبطله ولهذا قال اصحابنا ان المولى اذا زوج
ابنته من مكاتبه لا يبطل النكاح بموت الاب لان البنت لا تملك
المكاتب حقيقة بل يثبت لها حق الملك فيمنع ذلك من الابتدا ولا يمنع
من البقا كذا هذا ولو سرق منه يجب القطع على السارق لان المكاتب
احق بمنافعه ومكاسبه فكان له حق الخصومة كالحر فيقطع بخصومته
ولو جنى المكاتب على انسان خطا فانه يسعى في الاقل من قيمته ومن
ارش الجناية لان رقبته مملوكة للمولى الا انه تعذر الدفع من غير
اختيار بسبب الكتابة فصار كالعبد اذا جنى جناية ثم اعتقه
المولى من غير علمه بالجناية والحكم هناك ما ذكرنا فكذا ههنا فينظر
ان كان ارش الجناية اقل من قيمته فعليه حصة ارش الجناية لان
المجني عليه لا يستحق اكثر من ذلك فاذا دفع ذلك فقد سقط حقه
واما ان كانت قيمته اقل من ارش الجناية فعليه قيمته لان حكم
الجناية تتعلق بالرقبة لكون الرقبة ملك المولى وهي لا تحتمل اكثر
من قيمتها فلا يلزمه اكثر من ذلك وكذا لو جنى جنايات خطا
قبل ان يحكم عليه بالجناية الاولى لا يجب عليه الا قيمة واحدة ارش
جناياته في قول اصحابنا الثلاثة وعند زفر رحمه الله في كل
جناية الاقل من ارشها ومن قيمته **وهذا** فرع اختلافهم في ان
جناياته تتعلق برقبته او بذمته فعندنا تتعلق برقبته والرقبة
لا تتسع لاكثر من قيمة واحدة وعنده تتعلق بذمته والذمة

مستحقه **والصحيح** قولنا لما ذكرنا ان رقبته مملوكة للمولى فانما تعذر الدفع
في الجملة بان يعجز فيدفع الا انه تعذر الدفع بالمنع السابق وهو الكتابة
من غير اختيار فصار كما لو جنى جنايات ثم اعتقه المولى من غير علم بها
وهناك لا يلزمه الا قيمة واحدة كذا ههنا **هذا** اذا جنى ثانيا قبل
ان يحكم عليه الحاكم بالاولى **فاما** اذا حكم الحاكم بالاولى ثم جنى ثانيا فانه
يلزمه قيمة اخرى بالجناية الثانية لانه لما حكم الحاكم فقد انتقلت الجناية
من رقبته الى ذمته فخلصت الجناية الثانية والرقبة فارغة عن
جناية متعلقة بها فصار بمنزلة الجناية المبتداة **فرق بين هذا**
وبين ما اذا حفر المكاتب بيرا على قارعة الطريق فوقع فيها انسان ووجب
عليه ان يسعى في قيمته يوم حفر ثم وقع فيها اخر انه لا يلزمه اكثر
من قيمة واحدة سوا حكم الحاكم بالاولى او لم يحكم **ووجه الفرق**
ان هناك الجناية واحدة وهي حفر البير فالضمان الذي يلزمه
انما يلزمه بسبب واحد فوقوع الثاني وان كان بعد حكم الحاكم لكنه
بسبب سابق على حكمه فصار كانه قتلهما دفعة واحدة فلا يلزمه
الا قيمة واحدة فاما ههنا فقد تعددت الجناية والثانية هنا
حصلت بعد فراغ رقبته عن الاولى وانتقالها الى ذمته فيتعدد
السبب فيتعدد الحكم ولو سقط حايط مايل اشهد عليه على انسان
فقتله فعليه ان يسعى في قيمته لان المكاتب يملك النقض فيصح الاشهاد
عليه كما في الحر ويجب عليه قيمة نفسه كما لو قتل احرا خطا وكذلك اذا
وجد في دار المكاتب قتيل فعليه ان يسعى في قيمته الا اذا كانت قيمته
اكثر من الدية فينتقص منها عشرة دراهم فان جنى جنايات ثم عجز
قبل ان يقضى بها دفعه مولاه بها او فداه وان قضى عليه بالسعاية
ثم عجز فهي دين في عنقه يباع فيه لانه اذا لم يقض عليه لم يتقرر
القيمة دينا في رقبته فهو كعبد قن جنى جناية انه يخاطب مولاه
بالدفع او بالفدا واذا قضى عليه بالقيمة صار ذلك دينا في رقبته
فاذا عجز صار حكمه حكم عبد لحقه الدين انه يباع او يقضي السيد
دينه **هذا** اذا كانت جنايته خطا **فان** كانت عمدا بان قتل رجلا
عمدا قتل به لانه ان كان حرا لقتل به فالمكاتب اولى **هذا اذا** جنى المكاتب
فاما اذا جنى غيره عليه فان كان خطا فالارش له وارشه ارش العبد
اما كون الارش له فلان اجزاءه ملحقة بالمنافع وهو احق بمنافعه واما
كون ارشه ارش العبد فلانه عبد ما بقي عليه درهم بالنص فكانت
الجناية عليه جناية على العبد فكان ارشها ارش العبيد وان كان عمدا
فالمسألة على ثلاثة اوجه **في وجه** يجب القصاص في قولهم **وفي وجه**

لا يجب القصاص في قولهم **وفي وجه** اختلفوا فيه **اما الاول** ان يقتله
رجل عمدا ولم يترك وفا فللمولى ان يقتل القاتل لانه لم يترك وفا فقد
مات عاجزا فمات عبدا والعبد اذا قتل عمدا يجب القصاص على قاتله
ان كان عبدا بالاجماع وان كان حرا عندنا كذلك ههنا **واما** الوجه
الثاني فهو ان يقتل عمدا ويترك وفا ويترك ورثة احرارا سوى المولى
فلا يجب القصاص لاشتباه ولي القصاص لاختلاف الصحابة رضي
الله عنهم في انه يموت حرا او عبدا على ما نذكر فمن قال مات حرا
فالولاية الاستيفا للورثة ومن قال مات عبدا فالولاية للمولى
فاشتبه الولي فلم يجب القصاص **فان قيل** قياس هذه النكتة
انه اذا اجتمع المولى والورثة ينبغي ان يجب القصاص لارتفاع
الاشتباه عند الاجتماع كالعبد الموصى برقبته لانسان وبخدمته
لاخر اذا قتل ان لهما ان يجتمعا فيقتلاه وكذا العبد المرهون اذا قتل
فاجتمع الراهن والمرتهن على القصاص ان لهما ان يستوفياه
كذلك ههنا **فالجواب** ان المانع هو اشتباه الولي وهذا
الاشتباه لا يزول بالاجتماع لان الولاية لاحدهما وهو المولى او
الوارث وهذا النوع من الاشتباه لا يزول باجتماعهما بخلاف
مسألة الوصية لان هناك لا اشتباه فان الولاية لصاحب الرقبة
لان الملك له وانما لصاحب الخدمة فيها حق فاذا اجتمعا في الاستيفا
فقد رضي باسقاط حقه **او نقول** لصاحب الخدمة حق قوي يشبه
الملك فصار بمنزلة عبد بين شريكين قتل فاجتمع الوليان
على الاستيفا وبخلاف مسألة الرهن فان المستحق للقصاص
هناك هو الراهن اذ الملك له الا ان للمرتهن فيه حقا فاذا رضي
بالاستيفا فقد رضي بسقوط حقه وههنا بخلافه على ما بينا
واما الوجه الثالث فهو ان يقتل عمدا ويترك وفا ولا وارث له سوى
المولى فعلى قول ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف يجب القصاص
للمولى لانه لا اشتباه ههنا لان القصاص يكون للمولى كيف ما كان
سوا كان حرا او عبدا وقال محمد رحمه الله لا يجب القصاص لان
الولي ان لم يشتبه فسبب ثبوت الولاية قد اشتبه لانه ان مات
حرا فالولاية تثبت بالارث وان مات عبدا فالولاية تثبت
بالملك **والجواب** عن هذا من وجهين **احدهما** ان السبب لم يشتبه
لان السبب واحد وهو الملك والولا اثر من اثار الملك **والثاني**
ان سلمنا ان السبب قد اشتبه لكن لا اشتباه في الحكم وهو الولاية
لانها ثابتة بيقين فيثبت باي سبب كان وان قتل المكاتب او عبده

عمدا فلا قود فيه لان المكاتب وسواء المقتول او مولى العبد لو قتل عتق كان
القصاص للمولى فاشتبه الولي ولهذا علل في الاصل فقال لاني لا ادري
انه للمولى او للمكاتب ومعناه ما ذكرنا وان اجتمعا على ذلك لم يقتص ايضا
لان الولاية لاحدهما وهو غير معلوم فان عفوا فعفوهما باطل والقيمة
واجبة للمكاتب اما بطلان العفو فاما عفو الولي فلانه لا يملك كسب
المكاتب فلا يصح عفوه واما عفو المكاتب فلان القيمة قد وجبت على
القاتل فكان ابرا المكاتب تبرعا منه وانه لا يملك التبرع فان قتل
المولى مكاتبه عمدا او خطا فلا قصاص عليه في العمد بلا شك لان رقبته
مملوكة له فتصير شبهة سوا ترك وفا او لم يترك لا يجب القصاص
لما قلنا غير انه ان ترك وفا فعلى المولى قيمته يقضي بها كتابته وكذلك
لو قتل ابنه لان القصاص قد سقط بالشبهة فيجب الدية فيسقط عنه
قدر ما له من المكاتبة لان الاصل ان كل دينين التقيا من جنس واحد
في الذمة وليس في اسقاطه ابطال العقد ولا استحق قبضه في المجلس
فانه يصير احدهما بالاخر قصاصا وما بقي لوارثه لا للمولى لانه
قاتله فلا يرث منه وانما يصير ذلك قصاصا اذا حل اجل الدية
لان القيمة وجبت عليه بالقتل مؤجله ولو قتل عبد المكاتب رجلا
خطا فقال للمكاتب ادفعه او افده بالدية لان العبد من تجارته
وكسبه فكان التدبير اليه كعبد الماذون جنى جناية خطا انه يخير
الماذون بين الدفع والفدا فالمكاتب اولى بخلاف نفس المكاتب اذا
جنى انه لا يلزمه الا الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لان نفس المكاتب
لا يحتمل النقل بخلاف كسبه واذا لم يحتمل النقل فتعذر الدفع ه
من غير اختيار فصار كما لو اعتق العبد الجاني من غير علمه بالجناية
ثمه يلزمه الاقل من قيمته ومن ارش الجناية كذا ههنا ويوخذ
المكاتب باسباب الحدود الخالصة وغيرها نحو الزنا والسرقة
والشرب والسكر والقذف لان القن يوخذ بها فالمكاتب اولى
ولا يقطع في سرقته من مولاه لانه عبده وكذا لا يقطع في سرقته
من ابن مولاه ولا من امراة مولاه ولا من كل ذي رحم محرم من مولاه
لان واحدا من هولا لو سرق من المولى لا يقطع فكذا مكاتبه وكذا لو
سرق واحد من هولا من المكاتب لا يقطع لان واحدا منهم لو سرق من
المولى لا يقطع وكذا اذا سرق من المكاتب ولو سرق منه اجنبي يقطع ه
بخصومته لان المكاتب احق بمنافعه ومكاسبه وكان له حق الخصومة
كالحر فيقطع بخصومته ويصح من المولى دعوة نسب ولد امته المكاتبة
اذا لم يكن له نسب معروف صدقته المكاتبة او كذبته جات به لاقل

من ستة اشهر او لستة الاشهر او لاكثر لما ذكرنا فيما تقدم انه ادعى نسب
ولد جارية مملوكة له رقبته فكان ولدها مملوكا له ايضا ونسب ولد
الجارية المملوكة يثبت بالدعوة من غير حاجة الى التصديق ثم الامة
بالخيار ان شات عجزت نفسها وان شات مضت على الكتابة فان مضت
على الكتابة فلها العقر ان كان العلوق في حال الكتابة بان جات به لاقل
من ستة اشهر من وقت الكتابة لانها احق بمنافعها ومكاسبها والمولى
كالاجنبي عنها والعقر بدل منافع بضعها فيكون لها وان عجزت نفسها
وصارت ام ولده سقط العقر هذا اذا استولد مكاتبته فكذلك
هو بالخيار ان شا نقض الكتابة وان شا مضى عليها لتوجه العتق من جهتين
فكان له الخيار فان مات مولاه وهو لا يخرج من الثلث فقد ذكرنا الاختلاف
فيه فيما تقدم ولو ادعى نسب ولد جارية المكاتب وليس له نسب معروف
وقد علقت به في ملك المكاتب صحت دعوته لما قلنا ويحتاج فيه ه
الى تصديق المكاتب استحسانا وقد ذكرنا هذا في كتاب الاستيلاد
ولا يحبس المكاتب ببدل الكتابة لانه دين قاصر حتى لا يجوز الكفالة
به كسائر الديون ولنا ان حكم الكفالة ثبوت حق المطالبة
للكفيل بمثل ما في ذمة الاصيل وهذا لا يتحقق ههنا لان الثابت
في ذمة الاصيل دين يحبس به ودين الكتابة لا يحبس به فلو جوزنا
الكفالة به لم يكن الثابت بها حق المطالبة بمثل ما في ذمة المكفول
عنه فلا يتحقق حكم الكفالة بخلاف سائر الديون واما الذي يتعلق
باداء بدل الكتابة فهو عتق المكاتب ولا يعتق الا باداء جميع بدل
الكتابة عند عامة العلما وهو قول زيد بن ثابت وقال علي ه
يعتق بقدر ما ادى ويبقى الباقي رقيقا وقال ابن مسعود اذا اعطى
مقدار قيمته عتق ثم يصير بمنزلة الغريم وقال ابن عباس اذا كاتب
العبد مولاه فهو غريم من الغرما وهذا يدل على ان من مذهبه انه
المكاتب يعتق بنفس الكتابة وقد روى محمد بن الحسن عن شريح مثل
ذلك وجه قول علي رضي الله عنه ان المكاتبة عقد معاوضة فاذا
ادى العبد بعض بدل الكتابة الى المولى فقد ملك المولى ذلك القدر
فلو لم يملك من نفسه ذلك القدر لاجتمع للمولى ملك البدل والمبدل
وهذا لا يجوز وجه قول ابن مسعود ان قيمة العبد ما لية فلو ه
عتق باداء ما هو اقل من قيمته لتضرر به المولى واذا ادى قدر ه
قيمته فلا ضرر على المولى وجه قول ابن عباس رضي الله عنه انه
لو لم يعتق بنفس العقد لوجب للمولى على عبده دين ولا يجب للمولى
على عبده دين ولان الكتابة اعتاق على مال ومن اعتق عبده

علي مال وقبل العتق عتق والمال دين عليه كذا لكن ههنا **وجه قول زيد**
بن ثابت رضي الله عنه قوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم
وهذا نص في الباب ولان المولى علق عتقه باداء جميع بدل الكتابة فلا
يعتق ما لم يؤد جميعه كما لو قال لعبده ان اديت الي الفا فانت حر انه لا يعتق
ما لم يؤد جميعها كذا ههنا **ثم** العتق كما يثبت باداء بدل الكتابة يثبت
باداء العوض عن بدل الكتابة لان عوض الشي يقوم مقامه ويسد مسده
كانه هو كما في البيع وعين على ان بدل الكتابة دين في ذمة العبد
وقضاء الديون يكون باعواضها لا باعيانها وكذا يثبت بالابراء لما نذكر
ثم اذا ادى بدل الكتابة وعتق يعتق ولده المولود في الكتابة بان ولد
للمكاتب ولد من امة اشتراها لانه صار مكاتبا تبعا للاب فيثبت فيه
حكم الاصل الا ان للمولى ان يطالب الاب دون الولد لانه لم يدخل في
العقد مقصودا بل تبعا فلا يملك مطالبة التبع حال قيام المتبوع وكما
يعتق المكاتب بالاداء من كسبه يعتق بالاداء من كسب ولده لان كسب
الولد كسبه فاذا ادى يعتق هو وولده وكذا ولد المشترى في الكتابة
وولد ولده وان سفل والوالدون وان علوا اذا اشتراهم المكاتب
يدخلون في الكتابة كالولد المولود سواء لا فرق بينهم الا في فصل
واحد وهو انه اذا مات المكاتب من غير مال يقال للولد المشترى
او للوالدين اما ان تؤدوا الكتابة حالا والا رددناكم في الرق
بخلاف الولد المولود في الكتابة لما نذكر ان شاء الله تعالى **واما**
ما سوى الوالدين والمولودين من ذي الرحم المحرم والاخ والعم والخال
ونحوهم فهل يدخلون في الكتابة **قال** ابو حنيفة رحمه الله لا يدخلون
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يدخلون ويسعون على النجوم
بمنزلة الوالدين والمولودين **والاصل** عندهما ان كل من اذا ملكه الحر
يعتق عليه فاذا ملكه المكاتب يتكاتب عليه ويقوم مقامه والله اعلم
وجه قولهما ان المكاتبة عقد يفضي الى العتق فيعتبر بحقيقة
العتق والحكم في الحقيقة هذا فكذا في كسب السبب المفضي اليه
ولهذا اعتبر بحقيقة العتق في الوالدين والمولودين كذا ههنا
وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان الاصل لا يثبت التكاتب راسا
لان ملك المكاتب ملك ضروري لكونه مملوكا ما بقي عليه درهم فلا
يظهر في حق التبرع والعتق وانما يظهر في حق حرية نفسه الا ان حرية
ولده وابويه في معنى حرية نفسه لمكان الجزئية ولم يوجد في سائر
ذوي الرحم فبقي الامر فيهم على القياس الاصل ولان القياس من
وجه اخر يقتضي ان لا يدخل الولد لانه كسبه وحق الحرية لا يسري الى الاكسا

لكسب ام الولد

لكسب ام الولد والمدبر وانما استحسنا في الولد لحكم الجزئية ولم يوجد
والولد المنفصل قبل العقد لا يدخل في الكتابة ويكون للمولى ولو اختلفا
فقال المولى ولد قبل العقد وقالت المكاتبة بعد العقد ينظر ان كان
الولد في يد المولى فالقول قوله انه انفصل قبل العقد وان كان في يد
الامة فالقول قولها ويحكم فيه الحال كمن استاجر عبدا ومضت الايام
ثم اختلفا فادعى المستاجر الاباق والمواجر ينكر انه ينظر ان كان
في الحال ابقا فالقول قول المستاجر وان لم يكن في الحال ابقا فالقول
قول المواجر وكذلك هذا في الطاحونة اذا اختلفا في انقطاع الماء
وجريانه فان كان في الحال منقطعا فالقول قول المستاجر وان كان جاريا
فالقول قول المواجر المستاجر ولو تصادقا في الاباق والانقطاع
فالقول قول المستاجر لانه ينكر وجوب الزيادة وسواء كان الاداء في حال
حياة العاقدين او بعد موتهما حتى لو مات المولى فادى المكاتب الى
ورثته عتق لان العقد لا ينفسخ بموت المولى بلا خلاف وكذلك لو
مات المكاتب عن وفاء يؤدى بدل كتابته الى المولى ويحكم بعتقه عندنا
وعند الشافعي رحمه الله لا يعتق ويسلم البدل للمولى بناء على ان
عقد الكتابة لا ينفسخ بموت المكاتب عندنا كما لا ينفسخ بموت المولى
وعنده ينفسخ بموت المكاتب **وقد** اختلفت الصحابة رضي الله عنهم
في المكاتب اذا مات عن وفاء انه يموت حرا او عبدا قال علي وابن مسعود
رضي الله عنهم يموت حرا فيؤدى بدل كتابته ويحكم بحريته وبه اخذ
اصحابنا رضي الله عنهم وعن زيد بن ثابت انه يموت عبدا والمال كله
للمولى وبه اخذ الشافعي **وجه قوله** انه لو عتق لا يخلو اما ان يعتق
قبل موته واما ان يعتق بعد موته لا سبيل الى الاول لان العتق
معلق باداء البدل والاداء لم يوجد قبل الموت ولا سبيل الى الثاني
لان محل العتق قد فات لان محله الرق وقد فات بالموت واثبات
الشي في غير محله محال فامتنع القول بالعتق ولا يقال انه يعتق
مستندا الى اخر جزء من اجزاء حياته وهو قابل للعتق في ذلك الوقت
لان الاصل فيما يثبت مستندا انه يثبت للحال ثم يستند **الا ترى**
ان من باع مال الغير يتوقف على اجازة المالك عندكم فان هلك المال
ثم اجاز المالك لا تلحقه الاجازة لان الحكم يثبت عند الاجازة مستندا
فيراعى قيام محل الحكم للحال والمحل ههنا لا يحتمل العتق للحال فلا يستند
ولنا ما روي عن قتادة انه قال قلت لسعيد بن المسيب ان شريحا
قال في المكاتب اذا مات عن وفاء وعليه دين يبدأ بالدين ثم بالكتابة
فقال سعيد اخطأ شريح وان كان قاضيا فان زيد بن ثابت يقول

ان المكاتب اذا مات عن وفاء وعليه دين بدئ بالدين ثم بالكتابة فاختلاف
الصحابة في الترتيب دليل على اتفاقهم على بقاء عقد الكتابة بعد الموت
ورواية قتادة يشير الى اجماع الصحابة على ما قلنا ومثله لا يكذب
فلا يعتد بخلاف الشافعي رحمه الله ولان العتق في الحقيقة معلق بسلامة
البدل للمولى اما صورة ومعنى بالاستيفا واما معنى بلا صورة
باخذ العوض او الابرا لا بصورة الادا من المكاتب لان العتق يثبت
من غير ادا اصلا باخذ المولى وبالابرا وقد سلم البدل للمولى اما صورة
ومعنى بالاستيفا واما معنى لا صورة بالابرا **اما** طريق الاستيفا
فلان هذا عقد معاوضة بين المولى والمكاتب وحكمه في جانب المولى
ملك البدل وسلامته وفي جانب المكاتب سلامة رقبته بالحرية
وسلامة اولاده واكسابه حال سلامة البدل للمولى وفي الحال
زوال يد المولى عنه وصيرورته احق بمنافعه ومكاسبه وقد ثبت
الملك في المبدل للمولى في ذمة العبد للحال حتى لو تبرع انسان عنه
بالادا وقبل المولى صح ولو ابراه جاز الابرا ويعتق ولو احال المكاتب
مولاه على غريم له عليه دين من اكسابه وقبل المولى صح ويعتق
واذا ثبت الملك للمولى في البدل كان ينبغي ان يزول المبدل عن
ملكه وهو رقبة المكاتب ويسلم له رقبته تحقيقا للمساواة في عقد
المعاوضة اذ المعاوضة في الحقيقة بين البدل والرقبة كما في سائر
المعاوضات من البيع والاجارة وكما في الخلع والاعتاق على مال الا
ان الزوال لو ثبت ههنا للحال لبقي الدين في ذمة المفلس ويتكاسل
في الادا فيتضرر به المولى فيمتنع الناس عن الكتابة فشرع هذا
العقد على خلاف موجب المعاوضات في ثبوت السلامة وزوال
المبدل عن المولى الا بسلامة البدل له على الكمال نظرا للموالي وترغيبا
لهم في عقد الكتابة ونظرا للعبيد ليتوصلوا الى العتق فاذا جا
اخر حيوته وعجز عن الكسب انتقل الدين من ذمته الى اكسابه كما في الحر
الا ان الكسب قد لا يسلم له اما بالهلاك او باخذ الورثة فاذا ادى
ذلك الى المولى فقد وجد الشرط ~~في الحر الا ان الكسب قد لا يسلم له~~
~~اما بالهلاك او باخذ الورثة~~ وهو سلامة البدل للمولى فيسلم المبدل
للمكاتب وهو رقبته له واما الابرا فهو انه لما بلغ اخر حياته تسقط عنه
المطالبة باداء البدل لعجزه عن الادا بنفسه وانتقل الى المال خلفا
عن المطالبة عنه فيطالب به وصيه او وارثه او وصي القاضي فاذا
ادى النايب سقطت المطالبة عن النايب في اخر حياته فيبرى عن بدل الكتابة
ولتسقط عنه المطالبة في ذلك الوقت فيعتق في ذلك الوقت وقد خرج

الجواب

الجواب عما ذكره الشافعي لما ذكرنا ان الشرط ليس هو صورة الادا
بل سلامة البدل صورة ومعنى بالاستيفا او معنى بالابرا وقد
حصل **ومن اصحابنا** من قال ان العتق يثبت بعد الادا مقصورا
عليه ويبقى حيا تقديرا لاحراز شرف الحرية كما يبقى المولى حيا بعد الموت
تقديرا لاحراز شرف الحمد بدل الكتابة او سبب العتق فيه وهو ميت
حقيقة ويقدر حيا على اختلاف طرق اصحابنا رضي الله عنهم في ذلك
على ما عرف في الخلافيات ولو مات المكاتب وترك وفاء وولدا
احرارا او ان ولدوا من امراة حرة يؤدي بدل كتابته وما فضل
يكون ميراثا لاولاده لان المكاتب يعتق في اخر جزء من اجزاء حياته
ثم يموت فيموت حرا فيرث منه اولاده الاحرار وكذلك اولاده الذين
ولدوا في الكتابة لانهم صاروا مكاتبين تبعا له فاذا اعتق هو
في اخر حياته يعتقون هم ايضا تبعا له فاذا مات هو وقد مات
حرا وهم احرار فيرثونه وكذا اولاده الذين اشتراهم في الكتابة
وذلك لما قلنا وكذا ولده الذي كوتب معه كتابة واحدة لانه
عتق معه في اخر حياته فيرثه واما ولده الذي كاتبه كتابة
على حدة لا يرثه لانه لا يعتق بعتقه فيموت حرا وولده مكاتب
والمكاتب لا يرث الحر ولو مات وترك وفاء وعليه دين اجنبي
ودين المولى غير الكتابة والكتابة وله وصايا من تدبير وغيره
وترك ولدا احرارا وولدا ولدته في الكتابة من امته يبدا بدين
الاجانب ثم بدين المولى ثم بالكتابة والباقي ميراث بين ساير اولاده
وبطلت وصاياه اما بطلان وصاياه فلوجهين احدهما يخص التدبير
والثاني يعم ساير الوصايا **اما الاول** فلان المدبر يعتق بموت السيد
والمكاتب ليس من اهل الاعتاق **واما الثاني** فلانه اذا ادى بعد الموت
فانه يحكم بعتقه في اخر جزء من اجزاء حياته وذلك زمان لطيف
لا يسع الوصية ثم ينتقل الملك الى الوارث والملك للموصى له يثبت
بعقد الوصية الذي هو فعله فاذا لم يتسع الوقت لم يمكن اثباته
بخلاف الميراث لان الملك ينتقل الى الورثة من غير صنع العبد
واذا بطلت الوصايا بقيت الديون **واما** ترتيب الديون فيبدا
بدين الاجنبي لان الاصل في الديون المتعلقة بالتركة انه
يبدا بالاقوى فالاقوى كما في دين الصحة مع دين المرض ودين
الاجنبي اقوى من دين المولى لانه لا يبطل بالرق ودين المولى
يبطل به **الا ترى** انه لو عجز ورد في الرق بطل دين المولى ولا يبطل الاجنبي
بل يباع فيه فيبدا بدين الاجنبي **ثم** ينظر في بقية التركة فان كان

فيما وفا بدين المولى وبالكتابة يبدي بدين المولى ثم بالمكاتبة لان دين المولى
اقوى من دين الكتابة بدليل انه تصح الكفالة به ولا تصح بدين الكتابة
وكذا المكاتب يملك اسقاط دين الكتابة عن نفسه قصدا بان يعجز نفسه
ولا يملك اسقاط دين المولى قصدا بل يسقط ضرورة سقوط الكتابة
وكان دين المولى اقوى فيقدم على دين الكتابة وان لم يكن في التركة
وفا بالديون جميعا يبدي بدين الكتابة لانه لو بدي بقضا دين
المولى ليبطل القضا لانه قضى ذلك فقد صار عاجزا فيكون قد مات
عاجزا فتبطل الكتابة فلم يصح القضا لانه بالعجز عاد قنا ولا يجب
للمولى على عبده القن دين وليس في البدا به بقضا دين الكتابة ابطال
القضا فكان اولى فيبدا بالكتابة حتى يعتق ويكون دين المولى
في ذمته فربما يستوفى اذا ظهر له مال وما فضل من هذا الديون
فهو ميراث لاولاده الاحرار من امراة حرة ولاولاده المولودين
في الكتابة لانهم عتقوا بعتقه احرارا ومن اجزا حياته فيرثونه
كالحر الاصلي ولو مات وترك وفا وعليه دين وجناية ومكاتبة
ومهر وله اولاد احرار من امراة حرة واولاد ولدوا في الكتابة من امته
واولاد اشتراهم يبدا بالدين ثم بالجناية ثم بالكتابة ثم يكون
الباقي ميراثا لجميعهم لان الدين اقوى من الكتابة لما بينا ثم ينظر الى
ما بقي من المال فان كان فيه وفا بالكتابة فانه يبدا بالجناية ومتى
قضى عليه بالجناية يصير عاجزا اذا لم يكن في الباقي وفا وان لم
يكن في المال وفا بالكتابة وكان فيه وفا بالجناية او لم يكن فقد
مات المكاتب عبدا وبطلت الجناية لانه لا حق لصاحب الجناية
في مال العبد وانما كان حقه في الرقبة وقد فاتت الرقبة
هذا اذا كان القاضي لم يقض بالجناية في حال حيوته فان كان القاضي قضى
عليه بالجناية صار حكمه حكم سائر الديون **واما** المهر فان كان تزوج
نكاحا صحيحا باذن المولى فحكمه حكم سائر الديون وان كان النكاح
بغير اذن المولى لا يجب للمراة شي ما لم تنقض سائر الديون والجناية
والكتابة فان فضل شي يصرف الى المهر لان في النكاح الفاسد انما
يتبع بالمهر بعد العتاق لانه لا يصح في حق المولى فاذا زال حق المولى
محصنة يواخذ به فان اديت كتابته وحكم بحريته وحرية اولاده
صار الباقي ميراثا لاولاده كلهم لانهم عتقوا بعتقه وكذلك
ان كان الابن مكاتبا معه لانهم عتقوا في زمان واحد وان كان الابن
مكاتبا على حدة لا يرث منه لانه لا يعتق بعتقه ولا يستند عتقه
في حقه فلا يرث منه وان مات المكاتب من غير وفا وترك ولدا

مولودا في الكتابة بان ولدته امته التي اشتراها بان كان المكاتب
تزوج امة انسان باذن مولاه فولدت منه ثم اشتراها المكاتب
وولدها والمكاتبة ولدت من غير مولاها فانه يسعى في الكتابة
على نجوم ابيه ولا يبطل الاجل لانه اذا مات لا عن وفا فقد مات عاجزا
فقام الولد مقامه كانه حي ولو كان حيا حقيقة لكان يسعى على
نجومه فكذا ولده بخلاف ما اذا مات عن وفا لانه مات قادرا فيودي
بدل الكتابة للحال ولا يوخر الى اجله بل يبطل الاجل واذا ادى
السعاية عتق ابوه وهو **واما** ولده المشترا في الكتابة فانه لا يسعى
على نجومه بل يقال له اما ان تودي السعاية حالا او ترد الى الرق
ولا يقال ذلك للمولود في الكتابة بل يسعى على نجوم ابيه ولا يرد
الى الرق الا اذا اخل بنجم او بنجمين على الاختلاف وانما كان كذلك
لان دخول الولد في الكتابة ~~بل يسعى على نجوم ابيه ولا يرد الى~~
~~الرق~~ بطريق التبعية وتبعية الولد والمولود في الكتابة حصلت
في العقد فكان بمنزلة المكاتب نفسه والحكم في المكاتب ما ذكرنا
فكذا فيه ولا كذلك الولد المشترا لان جزئيته ما حصلت في العقد
فكان ~~بمنزلة المكاتب نفسه~~ فانحطت درجته عنه فلا بد من
اظهار ذلك في الحكم ترتيبا للاحكام على مراتب الحجج في القوة والضعف
وذكر القاضي في شرح الكافي الخلاف في المسئلة وجعل ما ذكرنا
قول ابي حنيفة رحمه الله واما على قولهما فالولد المشترا والمولود
سوا **وجه قولهما** ان المكاتب في الولد المولود لمكان التبعية
وهي موجودة في المشترا وجواب ابي حنيفة رحمه الله عن هذا ان
معنى التبعية في المولود اقوى منه في المشترا فلا يصح القياس
ولو مات من غير وفا وترك الديون التي ذكرنا فالحال في ذلك
الى الولد يبدا باي ذلك شا لان المكاتب اذا لم يترك وفا صار
التدبير الى الولد لانه يقضي من كسبه فيبدا باي ذلك شا فاذا
حل نجم او نجمين على الاختلاف يرد في الرق ولو كان بعض الاولاد غايبا
وبعضهم حاضرا فعجز الحاضر لا يرد في الرق حتى يحضر الغايب لكن
لجواز ان الغايب يحضر فيودي ولو مات المكاتب ولم يترك وفا
لكنه ترك ام ولد فان لم يكن معها ولد بيعت في المكاتبة وان كان
معها ولد سعت فيها على الاجل الذي كان للمكاتب صغيرا كان
ولدها او كبيرا بنا على ان المكاتب اذا اشترى ام ولده وليس معها
ولد فانها لا تدخل في مكاتبته وكان له ان يبيعها عند
ابي حنيفة رحمه الله فكذا المولاه وعندهما يدخل في مكاتبته فكذلك

اشد من تبعية المشترا في الكتابة لان
تبعيته باعتبار الحرية والجزئية
في الولد المولود في الكتابة م

بعد موته يكون بمنزلة لما دخلت في الكتابة واذا كان معها ولد فانها
تتبع ولدها في الكتابة عند حنيفه رحمه الله ولا يجوز بيعها فكذا بعد
الموت اذا كان معها ولد ولدته في الكتابة ويصير كانه قايم لان
الابن قام مقامه وعلى قولهما لا فرق بين وجود الولد وعدمه وجه
قولهما انها انما تسعى لان عتاق الاستيلاد بمنزلة عتاق النسب فلا
يبطل بموت الولد وان حالها بعد موت الولد وقبله واحد وجه قول
ابي حنيفه رحمه الله انه لا قرابة بينه وبينها وانما دخلت في كتابة
الكتابة ولدها تبعا فاذا مات الولد بطلت كتابتها لان كتابة
الولد بطلت بموته فيبطل ما كان تبعا له والله اعلم ولو ولدت
المكاتبة ولدا واشترت ولدا ثم ماتت سعيا في الكتابة على النجوم
والذي يلي الادا المولود في الكتابة وهذا بنا على ان المولود
في الكتابة يقوم مقام المكاتب والولد المشترا لا يقوم مقامه
على الاتفاق او على الاختلاف والا انه يسعى تبعا للولد المولود
فلا يجب عليه السعاية الا تري ان محمد رحمه الله ذكر في الاصل
وقال قلت فلا يجب على الاخر شي من السعاية قال لا لانا لو لم
تدع غيره بيع الا ان يودي الكتابة عاجلا وانما قلنا ان الذي
يلي الادا هو الولد المولود في الكتابة لما ذكرنا ان الولد المشترا
لا يقوم مقام المكاتب على الاتفاق على اصل ابي حنيفه رحمه الله
والمكاتبه لو كانت حيه لكانت تملك كسب ولدها المشترا فكذا الذي
يقوم مقامها وان سعى المشترا فادى الكتابة لم يرجع على اخيه بشي
لانه ادي الكتابة من كسب الام لان كسب الام الولد المشترا للام
فاذا ادي الكتابة من كسبه فقد ادي كتابة الام وكسبه لها فلا
يرجع ولما ذكرنا ان الولد المولود قايم مقامها ولو كانت الام
باقيه فادي الولد المشترا فعتقت الام لم يرجع عليه بشي كذا
هذا وكذا الولد المولود في الكتابة لو سعى وادي لم يرجع
على المشترا بشي لهذا المعنى وقال بعضهم هذا اذا ادي المولود
في الكتابة من مال تركة الام فاما اذا ادي من كسب اكتسبه
بنفسه فانه يرجع بنصفه على المشتري ولم يذكر في الاصل حكم
المولود في الكتابة وانما ذكر حكم المشتري انه اذا ادي لا يرجع ولو
اكتسب هذا الابن المشترا كسبا كان لاخيه ان ياخذه ويستعين
به في كتابته لما ذكرنا ان الولد المولود قايم مقام الام وهي لو
كانت قايمه لكانت تملك اخذ كسب المشتري فكذا من يقوم مقامها
وكذلك ان اراد ان يسله في عمل ليا خذ كسبه فيستعين به في كتابته

كان

كان له ذلك وكذلك لو امره القاضي ان يواجر نفسه او امر اخاه ان يواجره ويستعين
باجره على ادا الكتابة كان ذلك جايزا لانه بمنزلتها وما اكتسب الولد
المولود في الكتابة بعد موت امه قبل الادا فهو له خاصه لانه داخل في كتابة
الام وقايم مقامها فما اكتسبه يكون له وما يكتسب اخوه حسب من التركه
فيقضي منه المكاتبه والبا في ميراث بينهما والفرق بينهما ان الولد المولود
في الكتابه قام مقامها فكان حكمه كحكمها وكسب المكاتبة لها كذا كسب ولدها
واما الولد المشترا فلم يقم مقامها غير انه كسبها فجميع ما اكتسبه فتصير
كانها ماتت عن مال ولو ماتت عن مال يودي منه كتابتها والبا في يكون
ميرا ثا بينهما كذا هذا وقيل هذا كله قول ابي حنيفه رحمه الله فاما على
قولهما فالولدان يقومان مقامها ولا يملك كل واحد منهما كسب صاحبه
لان كل واحد منهما لو كان منفردا لقام مقام المكاتبه ويسعى في
النجوم عندهما فكذا اذا اجتمعا لم يكن احدهما باولى من الاخر والله اعلم
واما الفاسد وهي التي فاتها شي من شرايط الصحه وهي ما ذكرنا فيما
تقدم فلا يثبت بها شي من الاحكام المتعلقه بما قبل الادا لان الكتابة
الفاسده لا توجب زوال شي مما كان للمالك عنه الى المكاتب وكان الحال
بعد العقد كالحال قبله واما الحكم المتعلق بالادا وهو العتق الفاسد
فيه كالصحيح حتى لو ادي يعتق لان الفاسد من العقود عند اتصال
القبض به كالصحيح على اصل اصحابنا رضي الله عنهم لبعي المكاتب وقبضه
الا ان في الكتابة الفاسده اذا ادي يلزمه قيمة نفسه وفي الكتابة الصحيحه
يلزمه المسمى لما عرف ان الاصل ان يكون الشي مضمونا بالمثل والقيمه هي المثل
لانها مقدار ماليته وانما المصير الى المسمى عند صحة التسميه تحرزا
عن الفساد لجهالة القيمه فاذا فسدت فلا معنى للتحرز فوجب الرجوع
الى الاصل وهي القيمه كما في البيع وكذا الكتابة الفاسده للمولي ان
يفسخ الكتابه بغير رضا العبد ويرده الى الرق وليس له ان يفسخ
في الصحيحه الا برضا العبد وللعبد ان يفسخ في الصحيح والفاسد
جميعا بغير رضا المولي لما ذكرنا ان الفاسده غير لازمة في حقهما
جميعا والصحيحه لازمه في حق المولي غير لازمة في حق العبد ثم اذا
ادي في المكاتبه الفاسده ينظر الى المسمى والى قيمة العبد ايهما
اكثر على ما ذكرنا الكلام فيه فيما تقدم وسوا كان الادا في حياة
المولى او بعد موته الى ورثته استحسانا والقياس ان لا يعتق
بالادا الى الورثه وجه القياس ان العتق في المكاتبه الفاسده
يقع من طريق التعليق بالشرط لان في الكتابه معنى المعاوضه
ومعنى اليمين فاذا فسدت بطل معنى المعاوضه فبقي معنى اليمين

واليمين يبطل بموت الحالف ولان الكتابة الفاسده لا توجب زوال ملك المولى
واذا بقي ملكه فاذا مات قبل الاداء انتقل الى ورثته فلا يعتق بالاداء
وجه الاستحسان الجامع كونها فاسده فيها معنى المعاوضه والعتق فيها
يثبت من طريق المعاوضه لا من طريق التعليق بالشرط بدليل انه يجب فيها
القيمه ولو كان العتق فيها بمحض اليمين لكان لا يجب فيها شي لان القيمه لم
تدخل تحت اليمين فثبت ان فساد الكتابه لا يوجب زوال المعاوضه
عنها فيثبت العتق فيها من طريق المعاوضه **واما** قوله ان ملك المولى
لا يزول في الكتابه الفاسده فنعم لكن قبل قبض المبدل فاما بعد القبض
فانه يزول ذلك عند الاداء ولو كاتب القنه كتابة فاسده فولدت
ولدا ثم ادت عتقت وعتق معها ولدها لما ذكرنا ان الفاسد يعمل
عمل الصحيح عند اتصال القبض به والاولاد يدخلون في الكتابه
الصحيحه كذا في الفاسده فان ماتت الام قبل ان تودي لم يكن على ولدها
ان يسعى لان الولد تابع مقام الام ثم الام لا تجبر على السعايه
كذلك الولد لكنه ان سعى فيما على امه يعتق استحسانا والقياس
ان لا يعتق وهو على ما ذكرنا فيما اذا مات المولى فادت المال الى ورثته
انه يعتق استحسانا والقياس ان لا يعتق **واما** الباطله وهي التي
فاتها شرط من شرائط الانعقاد فلا يثبت بها شي من الاحكام لان
التصرف الباطل لا وجود له الا من حيث الصوره كالبيع الباطل ونحوه
فلا يعتق بالاداء الا اذا نص على التعليق بان قال اذا اديت فانت
حر فادى يعتق لكن لا بالكتابه بل بالعتق بالتعليق بالشرط ولا
يلزمه شي كما في التعليق بساير الشروط **فصل واما**
بيان ما تنفسخ به الكتابه فانها تنفسخ بالاقاله لانها من التصرفات المحتمله
للفسخ لكون المعاوضة فيها اصلا فيجوز اقالتها كساير المعاوضات
وكذا تنفسخ بفسخ العبد من غير رضى المولى بان يقول فسخت المكاتبه او
كسرتها سوا كانت فاسده او صحيحه لما ذكرنا الفاسد وان كانت صحيحه
فانها غير لازمه في جانب العبد نظرا له فيملك الفسخ من غير رضى
المولى والمولى لا يملك الفسخ من غير رضا المكاتب لانها عقد لازم في
جانبه وهل تنفسخ بالموت اما بموت المولى فلا تنفسخ بالاجماع لانه ان
كان له كسب فيودي الى ورثة المولى وان لم يكن في يده كسب فيكتسب
ويودي فيعتق فكان في بقا العقد فايده فيبقى وان عجز عن الكسب
فيرد الى الرق كما لو كان المولى حيا واذا مات المولى فادى المكاتب
كتابته او بقية منها الى ورثته وعتق فولاه للذكور من عصبة المولى
لان الولا لا يورث من المعتق بعد موته لما نذكر في كتاب الولا ان شا

الله تعالى وان عجز بعد موت المولى فرد الى الرق ثم كاتبه الورثه كتابه
اخرى فادى اليهم وعتق فولاوه للورثه على قدر مواريثهم لانه عتق
باعتاقهم فكان ماله ميراثا لهم اذ الولا لا يورث به ان كان لا يورث نفسه
واما موت المكاتب فينظر ان مات عن وفا لا ينفسخ عندنا خلافا للشافعي
رحمه الله وان مات لا عن وفا ينفسخ بالاجماع لانه مات عاجزا فلا
فايده في بقا العقد فينفسخ ضروره ولا ينفسخ برده المولى بان كاتب
مسلم عبده ثم ارتد المولى لانها لا تبطل بموت المولى حقيقة فبموته حكما
اولى ان لا تنفسخ ولهذا لا تبطل ساير عقوده بالرده كذا المكاتبه فان
اقر بقبض بدل الكتابه وهو مرتد ثم اسلم جاز اقراره في قولهم وان
قتل او مات على الرده لم يجز في قول ابي حنيفه رحمه الله اذا لم يعلم
ذلك الا بقوله بنا على ان تصرفات المرتد غير نافذه عنده بل هي
موقوفه وان علم ذلك بشهاده جاز قبضه وكذا يجوز للمرتد اخذ
الدين بشهاده الشهود في كل ما وليه من التصرفات كذا ذكر في الاصل
لان ردته بمنزلة عزل الوكيل فيملك قبض الديون التي وجبت بعقده
كالوكيل المعزول في باب البيع انه يملك قبض الثمن بعد العقد
العزل وذكر في موضع اخر انه لا يجوز قبض المرتد لانه انما يملكه لكونه
من حقوق العقد وحقوق هذا العقد وهو المكاتبه لا تتعلق
بالعاقد فلا يملك القبض بخلاف البيع **واما** على اصلهما فاقراره
بالقبض جايز لان تصرفاته نافذه عندهما فان لم يقبض شيا حتى
لحق بدار الحرب فجعل القاضي ماله ميراثا بين ورثته فاخذوا
المكاتبه ثم رجع مسلما فولا العبد له لان ردته مع لحوقه بدار
الحرب بمنزلة موته ولو دفع الى الورثه بعد موته كان الولا له لذا
هذا وياخذ من الورثه ما قبضوه منه ان وجده بعينه كما في
ساير املاكه التي وجدها مع الورثه باعيانها لان الوارث
انما قبض بتسليط المورث فصار بمنزلة الوكيل وبالله التوفيق

كتاب الولاء

قال رحمه الله الولا نوعان **و**لا عتاقه **و**ولا موالاه **اما** ولا العتاقه
فلا خلاف في ثبوته شرعا **عرفنا** ذلك بالسنه واجماع الامه والمعقول
اما السنه فقوله صلى الله عليه وسلم الولا لمن اعتق وهذا نص
وروي ان رجلا اشترى عبدا فاعتقه فجا به الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم فقال يا رسول الله اني اشتريت هذا فاعتقته فقال صلى
الله عليه وسلم هو اخوك ومولاك فان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك

فهو خير لك وشر له وان مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته **والاستدلال** به من وجهين **احدهما** انه جعله عصبته اذا لم يترك وارثا اخر **والثاني** انه جعل المعتق مولى المعتق بقوله هو اخوك ومولاك ولا يكون مولاه الا ان يكون الولاء له **ونظير** هذا الاستدلال استدلالنا بقوله تعالى والله خلقكم وما تعملون على تقدير ارادة المعمول من قوله وما تعملون في اثبات خلق الافعال من الله ان الله تعالى اخبر انه خلقهم وخلق معمولهم ولا معمول بدون العمل فيدل على كون المعمول مخلوق الله وقوله ان شكرك فهو خير له لان المعتق لما انعم عليه بالاعتاق فقد وجب عليه الشكر فاذا شكره فقد ادى ما وجب عليه فكان خيرا له وقوله وشر لك لانه قد وصل اليه شي من العوض فاوجب نقصانا في الثواب لانه يصير كانه اعتقه على عوض فكان ثوابه اقل ممن اعتق ولم يصل اليه على اعتاقه عوض دنيوي اصلا وراسا وقوله وان كفرك فهو خير لك لان اعتاقه داخل عن عوض دنيوي فيتكامل ثوابه في الاخرة وقوله وشر له لان شكر النعمة واجب عقلا وشرعا فاذا لم يشكره فقد ترك الواجب فكان شرا له **وروى** ان معتق حمزة مات وترك بنتا فجعل الشارع نصف ما له لابنته والنصف لابنة حمزة **وروي** عن عمر وعلي وابن مسعود وابي بن كعب وزيد بن ثابت وابي مسعود واسامة بن زيد رضي الله تعالى عنهم انهم قالوا الولاء للكبر للكبر واتفاق هولاء النجباء من الصحابة رضي الله عنهم على لفظ واحد دليل سماعهم ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم مع ان هذا حكم لا يدرك بالقياس والظاهر قول السماع وسياتي تفسير هذا الحديث في اثناء المسايل ان شاء الله تعالى **واما الاجماع** فان الامة اجمعت على هذا الولاء **واما المعقول** فمن وجوه **احدها** ان الاعتاق انعام اذ المعتق انعم على المعتق بايصاله الى شرف الحرية ولهذا سمي المولى الاسفل مولى النعم في عرف الشرع وكذا اسماه الله انعاما فقال في زيد مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم للذي انعم الله عليه وانعمت عليه قيل في التفسير انعم عليه بالاسلام وانعمت عليه بالاعتاق فجعل كسبه عند استغنايه عنه لمولاه شكرا لانعامه السابق ولهذا لا يرث المعتق من المعتق **والثاني** ان المعتق في نصرة المعتق حال حياته ولهذا كان عقله عليه لان عليه ان ينصره بدفع الظلم عنه وبكفه عن الظلم على غيره فاذا جني فقد قصر في احد نوعي النصر وهو كفه عن الظلم على غيره فاذا جني فجعل عقله عليه ضمانا للتقصير فاذا مات جعل مولاه لمعتقه جزاء للنصرة السابقة **والثالث** ان الاعتاق كالايلاد من حيث المعنى لان كل واحد منهما احيا معنى فان المعتق سبب لحياة المعتق باكتساب سبب الاهلية والمالكية والولاية التي بها يمتاز الادمي بها عن البهايم ثم كما ان الاب سبب لحياة الولد باكتساب سبب وجوده عادة والايلاد ثم الايلاد سبب لثبوت النسب فالاعتاق يكون سببا لثبوت الولاء **وهذا** معنى قوله الولاء لحمة كلحمة النسب فبعد هذا يقع الكلام في مواضع في بيان سبب ثبوته **وفي** بيان شرايط الثبوت **وفي** بيان صفة الثابت وكيفيته **وفي** بيان قدره **وفي** بيان حكمه **وفي** بيان ما يظهر به **اما** سبب ثبوته فالعتق سواء كان العتق حاصلا بصيغة وهو الاعتاق **واما** ما يجري مجرى الاعتاق شرعا كشراء القريب وقبول الهبة والصدقة والوصية او بغير صيغة بان ورث قريبه وسواء اعتقه لوجه الله او لوجه الشيطان او سواء اعتقه تطوعا او عن واجبة عليه كالاعتاق عن كفارة القتل والظهار والافطار والنذر واليمين وسواء كان الاعتاق بغير بدل او ببدل وهو الاعتاق على مال وسواء كان منجزا او معلقا بشرط او مضافا الى وقت وسواء كان صريحا او يجري مجرى الصريح او كناية او يجري مجرى الكناية وكذا العتق الحاصل بالتدبير والاستيلاد **والاصل** فيه قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق من غير فصل **وعلى هذا** اذا امر المولى غيره باعتاق عبده في حال حياته او بعد وفاته ان الولاء للامر لان العتق يقع عنه ولو قال لاخر اعتق عبدك عني بالف درهم فاعتق فالولاء للامر لان العتق يقع عنه استحسانا والقياس ان يكون الولاء للمامور لان العتق يقع عن المامور وهو قول زفر رحمه الله **وجه القياس** انه امر باعتاق عبد الغير عن نفسه وهذا لا يصح لان العتق لا يقع بدون الملك ولا ملك للامر بل للمامور فكان العتق عنه **ولنا** ان الامر بالفعل امر بما لا وجود للفعل بدونه كالامر بصعود السطح يكون امرا بنصب السلم والامر بالصلاة يكون امرا بالطهارة ونحو ذلك ولا وجود للعتق عن الامر بدون ثبوت الملك فكان امره المالك باعتاق عبده عنه بالبدل المذكور امرا بتمليكه منه بذلك البدل ثم باعتاقه عنه تصحيحا لتصرفه كانه صرح بذلك فقال بعه مني واعتقه عني ففعل ولو قال اعتق عبدك عني ولم يذكر البدل فاعتق فالولاء للمامور في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان العتق عنه وعند ابي يوسف هذا والاول سواء **وجه قوله** على نحو ما ذكرنا في المسيلة الاولى **ولهما** الفرق بين المسيلتين وهو ان في المسيلة الاولى امكن اثبات الملك للامر بالبدل المذكور بمقتضى الامر بالاعتاق لان الملك في البيع الصحيح

لايقف على القبض بل يثبت بنفس العقد فصار المامور بايجا عبده منه بالبدل المذكور ثم معتقا عنه بامره وتوكيله **واما** في المسيلة الثانية فلا يثبت بمكن اثبات الملك بالتمليك الثابت بطريق الاقتضا لان التمليك من غير عوض تكون هبة والملك في باب الهبة لا يثبت بدون القبض فاذا اعتق فقد اعتق ملك نفسه لا ملك الامر فيقع العتق عن نفسه فكان الولا به فهو الفرق **ولو قال** اعتق عبدك ولم يقل شيا اخر فاعتق فالولا للمامور لان العتق عنه لانه اعتق عن نفسه لا عن الامر لعدم الطلب من الامر بالاعتاق عنه ولو قال اعتق عبدك على الف درهم ولم يقل عني فاعتق يوقف على قبول العبد اذا كان من اهل القبول فان قبل في مجلس علمه بعتق ويلزمه المال والا فلا لانه لم يطلب اعتاق العبد لنفسه وانما طلب اعتاق العبد للعبد وهو فضولي فيه فاذا اعتق المالك يوقف اعتاقه على اجازة العبد كما اذا قال لغيره بع عبدك هذا من فلان على الف درهم فباعه انه يتوقف على اجازه فلان كذا هذا وسوا كان المعتق ذكرا او انثى لوجوب السبب منهما ولعموم قوله الولا لمن اعتق وقال صلى الله عليه وسلم ليس للولا من النسا الا ما اعتقن الحديث والمستثنى من المنفي مثبت ظاهرا وسوا كان المعتق والمعتق مسلمين او كافرين او كان احدهما مسلما والاخر كافرا لوجود السبب وعموم الحديث حتى لو اعتق مسلم ذميا او ذمي مسلما فولا المعتق منهما للمعتق لما قلنا الا انه لا يرثه لانعدام شرط الارث وهو اتحاد الملة قال النبي صلى الله عليه وسلم لا يتوارث اهل ملتين شتى وقال صلى الله عليه وسلم لا يرث المومن الكافر ولا الكافر المومن ويجوز ان يكون الولا ثابتا لانسان ولا يرث به لانعدام شرط الارث به على ما نذكر حتى لو اسلم الذمي منهما قبل موت المعتق يرث به لتحقق الشرط وكذا لو كان للذمي الذي هو معتق العبد المسلم عصبة من المسلمين بان قال عم مسلم او ابن عم مسلم فانه يرث الولا لان الذمي يجعل بمنزلة الميت وان لم يكن له عصبة من المسلمين يرد الى بيت المال ولو كان عبد مسلم بين مسلم وذمي فاعتقاه ثم مات العبد فنصف ولايته للمسلم لان المسلم يرث المسلم والنصف الاخر لاقرب عصبة الذمي من المسلمين ان كان له عصبة مسلم وان لم يكن يرد الى بيت المال ولو اعتق حربي عبده الحربي في دار الحرب لم يصر بذلك مولاه حتى لو خرجا الى دار الاسلام مسلمين لا ولا له وهذا قول ابي حنيفه ومحمد رحمهما الله لانه لا يعتق عندهما بكلام الاعتاق وانما يعتق بالتخليه والعتق الثابت بالتخليه لا يوجب الولا وعند ابي يوسف رحمه الله يصير مولاه ويكون له ولاه لان اعتاقه بالقول قد صح في دار الحرب

العتق الثابت بالتخلية لا يوجب الولاء

وكذلك

وكذلك لو دبره في دار الحرب فهو على هذا الخلاف ولا خلاف في ان استيلاده جايز وتصير الجاريه ام ولد له لا يجوز له بيعها لما ذكرنا فيما تقدم ان مبني الاستيلاد على ثبوت النسب والنسب يثبت في دار الحرب ولو اعتق مسلم عبدا له مسلما او ذميا في دار الحرب فولاوه له لان اعتاقه جايزه بالاجماع وان اعتق عبدا له حربيا في دار الحرب لا يصير مولاه عند ابي حنيفه رحمه الله لانه لا يعتق بالقول وانما يعتق بالتخليه وعند ابي يوسف رحمه الله يصير مولاه لثبوت العتق بالقول وقول محمد رحمه الله فيه مضطرب حتى لو اسلم العبد في دار الحرب وخرجا مسلمين الى دار الاسلام فلا ولا للمعتق على المعتق وللمعتق ان يوالي من شا عند ابي حنيفه رحمه الله وعند ابي يوسف رحمه الله يرث المعتق من المعتق وله ولاه اذا خرجا مسلمين وان سبي العبد المعتق كان مملوكا للذي سباه في قولهم جميعا لان الحربي لا يخلوا اما ان يكون مملوكا او حرا فان كان مملوكا كان محلا للاستيلاد والتملك وكذا ان كان حرا لان الحربي الحر محل للاستيلا والتملك **وعلى هذا** يخرج ما اذا دخل رجل من اهل الحرب دار الاسلام بامان فاشترى عبدا فاعتقه ثم رجع الى دار الحرب فسبي فاشتراه عبده المعتق فاعتقه ان كل واحد منهما يكون مولا صاحبه حتى ان ايهما مات ولم يترك عصبه من النسب ورثه صاحبه لوجود سبب الارث من كل واحد منهما وهو الاعتاق وشرطه وكذا الذمي اذا اعتق عبدا له ذميا فاسلم العبد ثم هرب الذمي المعتق ناقضا للعهد الى دار الحرب فسبي واسلم فاشتراه العبد الذي كان اعتقه فاعتقه فكل واحد منهما مولا صاحبه لما قلنا وكذلك المراه اعتقت عبدا لها ثم ارتدت المراه ولحقت بدار الحرب ثم سبيت فاشتراها الذي كانت المراة اعتقته فاعتقها كان الرجل مولا المراه والمراة مولاة الرجل لوجود الاعتاق من كل واحد منهما **ثم** المعتق كما هو سبب ثبوت الولا للمعتق فهو سبب وجوب العقل عليه حتى لو جنى المعتق كان عقله على المعتق لما ذكرنا ان عليه حفظه فاذا جنى فقد قصر في الحفظ **واما** شرط ثبوته فلثبوت الولا شرايط **بعضها** يعم ولا العتاقه وولاء العتاقه **وبعضها** يخص ولا ولا العتاقه **اما الذي** يعمهما جميعا فهو ان لا يكون للعبد المعتق او للمولى عصبة من جهة النسب فان كان لا يرثه المعتق لانه يرث من طريق التعصيب وفي العصبات يعتبر الاقوى فالاقوى ولا شك ان العصبه من جهة النسب اقوى فكان اولى وهذا لان الولا وان كان لحمة كلحمة النسب كما نطق به الحديث

لكنه لا يكون مثل حقيقة النسب فكان اعتبار حقيقة النسب اولي فان لم يكن له
عصبه من جهة النسب وله اصحاب الفرايض اوذو والارحام فحكمه يذكر في
موضعه ان شا الله تعالي **واما** الذي يخص ولا ولد العتاقه **فمنها**
ان يكون الام معتقه فان كانت مملوكه فلا ولا لاحد عليه ما دام مملوكا
سوا كان الاب حرا او مملوكا لان الولد يتبع الام في الرق والحريه فكان
مملوكا لمولي امه فلا يتصور الولا **ومنها** ان لا تكون الام حره اصليه
فان كانت فلا ولا لاحد علي ولدها وان كان الاب معتقا لما ذكرنا ان
الولد يتبع الام في الرق والحريه ولا ولا لاحد علي امه فلا ولا لاحد
علي ولدها فان كانت الام معتقه والاب معتقا فالولد يتبع الاب
في الولا ويكون ولاوه لمولي الاب لا لمولي الام لان الولا كالنسب والاصل
في النسب هو الاب **ومنها** ان لا يكون الاب عربيا والام مولاة لقوم
فالولد تابع للاب ولا ولا عليه لان الولا اثر من اثار الرق ولا
رق علي عربي ولو كان الاب نبطيا وهو حر مسلم لم يعتق وله ولاه
موالاه او لم يكن فالولد يتبع الام في ولا العتاقه عند ابي حنيفه ومحمد
رحمهما الله وعند ابي يوسف رحمه الله يكون تبعا للاب كما في العربي هـ
وجه قول ابي يوسف ان النسب يشبه النسب والنسب الي الابا وان
كان اضعف **الا تري** ان الام لو كانت من العرب والاب من الموالي فالولد
يكون تبعا لقوم الاب **ولهما** ان ولا الام لمواليها لا جل النصره فيثبت
للولد هذا النصره ولا نصره له من جهة الاب لان من سوي العرب هـ
لا يتناصرون بالقبايل فصار كمعتقه تزوجت عبدا فيكون ولا ولدها
لمواليها **ومنها** ان لا يكون الاب مولي عربي فان كان لا ولا لاحد عليه
لان حكمه حكم العربي لقوله صلي الله عليه وسلم ان مولي القوم منهم
ومنها ان لا يكون الاب مولي عربي فان كان لا ولا لاحد عليه الولد
معتقا فان كان لا يكون ولاه لموالي الاب ولا لموالي الام بل يكون لمن
اعتقه لانه اذا اعتق صار حرا له ولا نفسه لقوله الولا لمن اعتق
فلا يكون تبعا لغيره في الولا **وبيان** هذا الاصل يذكر في بيان صفة
الولا ان شا الله تعالي **واما صفته** فله صفات **منها** ان الارث به
عند وجود سبب ثبوته وشرطه من طريق التعصيب ومعني هذا
الكلام ان المعتق انما يرث بالولا مال المعتق بطريق العصوبه ويكون
المعتق اخر عصبات المعتق مقدما علي ذوي الارحام وعلي اصحاب
الفرايض في استحقاق ما فضل من سهامهم حتي انه لو لم يكن للمعتق
وارث اصلا او كان له ذو الرحم كان الولا للمعتق وان كان له
اصحاب الفرايض فانه يعطي فرايضهم اولا فان فضل شي يعطي المعتق والا

فلا

فلا شي له ولا يرد الفاضل علي اصحاب الفرايض في استحقاق الفاضل هم
وعن ذوي الارحام ايضا وان كانوا ممن يحتمل الرد عليه وهذا قول عامة
العلما وهو قول علي وزيد وابن عباس **وروي** عن عمر وعن عمرو بن مسعود رضي
الله عنهم انه لا يرث بطريق التعصيب وهو موخر عن اصحاب الفرايض
في استحقاق الفاضل وعن ذوي الارحام ايضا **واحتجوا** بظاهر قوله
تعالي واولوا الارحام بعضهم اولي ببعض فظاهره يقتضي ان يكون ذو
الرحم اولي من المعتق **وجه قول الاولين** ما روينا عن النبي صلي الله
عليه وسلم انه جعل ولا مولي بنت حمزه بينها وبين بنت معتقها نصفين
فقد اقام بنت حمزه مقام العصبات حيث جعل النصف الاخر لها
ولم يامر برده علي بنت المعتق ولو كان الامر علي ما زعموا لامر بالرد
كما في ساير المواريث اذا لم يكن هناك عصبه وقال النبي صلي الله
عليه وسلم الحقوا الفرايض باهلها فما ابقت فلاولي رجل ذكر
واولي رجل ذكر هنا هو المولي وروي فلاولي عصبه ذكر وهو المولي
ههنا **واما** الايه فقال بعضهم في تاويلها اي ذوو الارحام
من العصبه بعضهم اولي ببعض اي الاقرب من ذوي الارحام من
العصبات بعضهم اولي ببعض من الابعد كالابن مع ابن الابن
والاخ لاب ولام مع الاخ لاب ونحو ذلك **اذا** عرف الاصل
فبيانه في مسايل **اذا** مات المعتق وترك اما ومولي فللام الثلث
والباقي للمولي عند الاولين لانه عصبه وعند الاخرين الثلث هـ
للام بالفرض والباقي رد عليها ايضا وان ترك بنتا ومولي فللبنت
فرضها وهو النصف والباقي للمولي عند الاولين لانه عصبه وعند
الاخرين النصف للبنت بالفرض والباقي يرد عليها ولو ترك ثلاث
اخوات متفرقات واما وترك مولاه فللاخت لاب وام النصف
وللاخت لاب السدس تكملة الثلثين وللاخت لام السدس فقد
استغرقت سهام الميراث فلم يبق شي للمولي وان تركت امراة
ومولي فللمراه فرضها وهو الربع والباقي للمولي بلا خلاف وكذا اذا
كان المعتق امة فتركت زوجا ومولي فللزوج فرضه وهو النصف
والباقي للمولي اما علي قول الاولين فلان المولي عصبه فكان الباقي
له واما علي قول الاخرين فلانه لا سبيل الي الرد اذ لا يرد علي هـ
الزوج والزوجه فان ترك المعتق عمة وخالة ومولي فالمال
للمولي في قول الاولين لانه اخر العصبات يتقدم علي ذوي الارحام
وفي قول الاخرين للعمة الثلثان وللخالة الثلث لتقدم ذوي هـ
الارحام عليه وقس علي هذا نظايره **وعلي هذا** يخرج ما اذا اشترك

اذا كان الابوان معتقين فالولاء لموالي الاب

الولاء اثر من اثار الرق

المراة عبدا فاعتقته ثم مات العبد المعتق وترك ابنته فللابنة النصف
وما بقي فلمولاته لانها عصبته **وهذا** على قول الاولين **واما** على قول الاخرين
فالباقي يرد عليها بالقرابة واذا اشترت المراة اباها فعتق ثم مات
العبد المعتق وترك ابنته الاب وليس له عصبة فلابنته النصف بالنسب
وما بقي فلابنته ايضا لحق الولا لا بالرد لانها عصبة الاب في الولا وعلى
قول الاخرين ما بقي يرد عليها بالقرابة فان كان الاب اعتق عبدا قبل
ان يموت ثم مات الاب ثم مات العبد المعتق ولم يترك عصبة فانها
ترثه لانه معتق معتقها فكان ولاءه لها لقوله صلى الله عليه وسلم
ليس للنسا من الولا الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن الحديث والا
من النفي اثبات ظاهرا فان اشترت اختان لاب وام اباهما ثم
مات الاب ولم يترك عصبة فللابنتين الثلثان بالنسب وما بقي
لهما ايضا بلا خلاف ولكن عند الاولين بطريق العصوبة لانها
عصبته وعند الاخرين بطريق الرد وان اشترت احداهما اباهما
ثم مات الاب ولم يترك عصبة وترك ابنتيه هاتين فللابنتين
الثلثان بالنسب وللتي اشترت الاب الثلث الباقي خاصة بالولا
في قول الاولين لانها عصبته وفي قول الاخرين الباقي يرد عليهما
نصفين فان اشترتا اباهما ثم ان احداهما والاب اشتريا اخاهما
من الاب ثم مات فان المال بين الابنتين وابن الابن للذكر مثل
حظ الانثيين لانه مات حرا عن ابن حر وعن ابنتين حرتين وكان
الميراث لهم بالقرابة فلا عبرة للولا فان مات الابن بعد ذلك
فلاختيه الثلثان بالنسب والثلثان في نصفه للتي اشترته
مع الاب خاصة لان لها نصف ولا الاخ لانه عتق بشرائها وشرا
الاب فكان ولاؤه بينهما وما بقي فبينهما نصفان لانهما مشتركان
في ولا الاب فصار حصة الاب بينهما نصفين وهو سدس جميع
المال وتخريج المسئلة من اثني عشر للاختين الثلثان لكل
واحدة منهما اربعة اسهم ونصف الثلث الباقي وذلك سهمان
للتي اشترته سبعة اسهم وللاخرى خمسة اسهم **وهذا** على
قياس قول علي وزيد وابن عباس رضي الله عنهم **واما** على قياس
قول عمر وابن مسعود رضي الله عنهم اذا مات الابن بعد موت الاب
فلاختيه الثلثان بالنسب كما قالوا والثلث الباقي يرد عليهما
فان اشترت احداهما الاب واشترت الاخرى والاب اخاهما
من الاب ثم مات الاب فالمال بين الابن وبين الابنتين للذكر
مثل حظ الانثيين لما قلنا فان مات الاخ بعد ذلك فللاختين

الثلثان

الثلثان بالنسب ونصف الثلث الباقي للتي اشترت الاخ مع الاب
وما بقي فهو للتي اشترت الاب خاصة فنصف المال بينهما نصفين
وهذا على قول علي وزيد وابن عباس رضي الله عنهم **واما** على قول
عمر وابن مسعود رضي الله عنهم فالثلث الباقي يرد عليهما والله الموفق
ومنها انه لا يورث من المعتق بعد موته ولا يكون سبيله سبيل
الميراث وانما يستحقه عصبة المعتق بنفسها وهم الذكور من عصبته
لا الذكور ولا الاناث من اصحاب الفرايض **والاصل فيه** قوله
صلى الله عليه وسلم الولا لحمة كلحمة النسب لا تباع ولا توهب ولا يورث
اي لا يورث نفسه وان كان يورث به فكذا الولا **وروينا** عن الصحابة السبعة
رضي الله عنهم انهم قالوا بلفظ واحد الولا للكبر فالظاهر هو السماع
فان لم يكن فقد ظهرت هذه الفتوى بينهم ولم يظهر لهم فيها لمخالف
فيكون اجماعا ومعنى قولهم الولا للكبر اي للاقرب وهو اقرب
العصبة الى المعتق يقال فلان اكبر قومه اذا كان اقربهم الى الاب
الاعلى الذي ينسبون اليه وانما شرطنا الذكورة في هذه العصوبة
لان الاصل في العصبة هم الذكور اذ العصوبة عبارة عن الشدة
والقوة قال الله تعالى خبرا عن بني يعقوب اذ قالوا ليوسف واخوه
احب الى ابينا منا ونحن عصبة اي جماعة اقويا اشدا قادرون
على النفع والدفع **وهذا** قول عامة العلما رضي الله عنهم
وعن النخعي وشريح رحمهم الله ان الولا يجري مجرى المال فيورث
من المعتق كما يورث ساير امواله الا انه انما يرث منه الرجال
لا النسا بالنص وهو قوله ليس للنسا من الولا الا ما اعتقن
الخبر وكان شريح رحمه الله يقول من احرز شيا في حياته فهو
لورثته بعد موته **واحتجا** بما روي عن الصحابة انهم قالوا
من احرز المال احرز الولا اي من احرز المال فقد احرز الولا نزلوه
منزلة المال **والجواب** ان معنى قولهم من احرز المال
احرز الولا اي من احرز المال من عصبة المعتق يوم موت
المعتق احرز الولا ايضا بدليل ان المراة تحرز المال ولا تحرز
الولا بالاجماع وبالحديث فعلم ان المراد منه العصبات
وبه نقول ولان في الحمل على ما قلنا عملا بالدلايل بقدر
الامكان فكان اولى **ثم** بيان هذا الاصل في مسايل
رجل اعتق عبدا له ثم مات المعتق وترك ابنين ثم مات احد
الابنين وترك ابنا ثم مات العبد المعتق فولاؤه لابن المعتق
لصلبه لا لابن ابنه لانه الكبر اذ هو اقرب عصبات المعتق

بنفسها **والاصل** انه يعتبر كون المستحق عصبة يوم موت المعتق لا يوم
موت المعتق ويعتبر له ذلك من حيث القرب لا من حيث السن **الا يرى**
ان ابن الابن قد يكون اكبر سنا من عمه الذي هو ابن المعتق **وهذا** على قول
عامة العلما **واما** على قول النخعي وشريح رحمهم الله المال بين ابن المعتق
وبين ابن ابنه نصفين لانه يجري مجرى الميراث عندهما فكما مات
المعتق فقد ورثاه جميعا فانتقل الولا اليهما ثم اذا مات احدهما
انتقل نصيبه الى ولده كما في ميراث المال فان مات الابن
الباقي وترك ابنا ثم مات المعتق فالولا بين ابن هذا الميت
وبين ابن الميت الاول نصفين لا خلاف **اما** على قول عامة العلما رضي الله
عنهم فلاستوائهما في العصوبة **واما** على قول النخعي وشريح رحمهما الله
فلانتقال نصيب كل واحد منهما الى ولده ولو كان الاول حين
مات وترك ابنين ثم مات الباقي وترك ابنا واحدا ثم مات
الباقي وترك ابنا واحدا ثم مات المعتق فالولا بين هذا وابني الاول
يكون اثلاثا عندنا لاستواء الكل في العصوبة وعندهما الولا بينهما
نصفين النصف لابن هذا والنصف الاخر بين ابني الاول نصفين لانهما
يجعلان لكل واحد حصة ابيه فان مات المعتق وترك ثلاث بنين
فمات البنون وترك احدهم ابنا واحدا وترك الاخر خمس بنين وترك
الثالث عشر بنين ثم مات العبد المعتق وترك مالا فماله بين
اولاد البنين بالسوية على عدد الروس في قول عامة العلما
لاستوائهم في العصوبة والقرب من المعتق وعلى النخعي وشريح
رحمهما الله ماله بينهم يكون اثلاثا ثلث لابن الابن الواحد والثلث
الاخر بين الخمسة بني الابن والثلث الاخر بين عشرة بني الابن تصح
فريضتهم من ثلثين سهما عشرة لابن الابن الواحد وعشرة بين
بني الاخر على خمسة وعشرة بين بني الابن الثالث على عشرة ولو
اعتق رجل هو وابنه عبدا ثم مات الرجل وترك ابنين احدهما
شريكه في الاعتاق ثم مات العبد المعتق فنصف الولا لابنه الذي
هو شريك ابيه خاصة لانه شريكه في الاعتاق ثم مات العبد المعتق
فنصف الولا لابنه الذي هو شريك ابيه خاصة لانه شريكه في
الاعتاق والنصف الباقي بينهما نصفان لان ذلك حصة الاب
يكون بينهما بالسوية فيصير الولا بينهما على اربعة اسهم ثلاثة
ارباعه للابن الذي كان شريك ابيه والربع للاخر فان مات شريك
ابيه قبل العبد وترك ابنا ثم مات العبد المعتق فلابن الابن
نصف الولا الذي كان لابيه خاصة والنصف الاخر للابن وصح

لانه

لانه الكبر من عصبة الاب فكان احق بنصيبه من الولا فيصير نصف
الولا للعم ونصفه لابن اخيه فان مات العم وترك ابنين ثم مات
العبد المعتق فنصف الولا لابن شريك ابيه خاصة والنصف الاخر
بينه وبين ابني عمه اثلاثا لكل واحد منهم الثلث فيصير لابن شريك
ابيه الثلثان ويصير لابني عمه الثلث لكل واحد منهما السدس فان
مات المعتق وترك ابنا وابا فالولا للابن ولابن الابن وان سفل
لا للاب في قول ابي حنيفة ومحمد وعامة المشايخ الفقها رضي الله عنهم
وعند ابي يوسف رحمه الله سدس الولا للاب والباقي للابن وهو
قول النخعي وشريح وهذا على اصلهما لانهما يعتبران الولا بمنزلة الميراث
والحكم في الميراث هذا وانما المشكل قول ابي حنيفة يوسف رحمه الله
لانه لا يجعل ما يتركه المعتق بعد موته محلا للارث بل يجعله لعصبة
المعتق بنفسها والاب لا عصوبة له مع الابن بل هو صاحب فريضة
كما هو في ميراث المال فكان الابن هو العصبة فكان الولا له فان
مات المعتق وترك اباه وثلاثة اخوة متفرقين اخا لاب وام
واخا لاب واخا لام ثم مات العبد المعتق فالولا للاب خاصة
لانه العصبة فان مات الاب ثم مات العبد المعتق فالولا
للاخ من الاب والام لانه اقرب العصبات الى المعتق فان مات
الاخ من الاب والام وترك ابنا فان الولا للاخ من الاب ولا
يرجع الى الاخ للاب لانه الكبر فان مات الاخ من الاب وترك ابنا
فان الولا يرجع الى ابن الاخ لاب وام لانه اقرب فان مات ابن الاخ
من الاب ولا احد من ذوي الارحام شيا من الولا لما بينا فيما
تقدم ولو مات المعتق وترك جد ابا ابيه واخاه لابيه وامه
فالولا للجد لا للاخ في قول ابي حنيفة وعندهما الولا بين الجد
والاخ نصفين بناء على ان لا ميراث للاخ مع الجد عنده وعندهما
يورث الاخ مع الجد بالتعصيب فان مات المعتق وترك ابنا
وبنتا ثم مات العبد المعتق فالولا للابن لا للبنت لان الابن هو
العصبة بنفسه لا البنت ولقوله صلى الله عليه وسلم ليس
للنسا من الولا الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن الحديث ولم
يوجد المستثنى فينتفي استحقاقها الولا على اصل النفي **وجملة الكلام**
فيه ان النسا لا يرثن بالولا الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن
الحديث واولادهن واولادهم وان سفلوا اذا كانوا من امراة معتقة
وما جر معتقهن من الولا اليهن **وبيان هذه الجملة** امراة اعتقت عبدا
لها ثم مات العبد ثم مات العبد ولا وارث له فولاؤه للمراة لقوله

في النسا خاصة ليس للنسا من الولا الا ما اعتقن وهذا معتقها ولعموم قوله
الولا لمن اعتق ومن تعم الذكر والانثى فلو ان معتقها اعتق عبدا له ثم
مات العبد الاسفل ولم يترك وارثا فولاؤه لمولاه الذي اعتقه ولا
يرث مولاه منه شيا لانه معتق مولاه وليس معتقها حقيقة بل معتق معتقها
فكان اثبات الولا للمعتق حقيقة اولى فان مات العبد الاعلى ولم
يترك عصبة ثم مات العبد الاسفل فولاؤه للمراة المعتقة لانه معتق
معتقها فيدخل تحت قوله او اعتق من اعتقن ولو ترك العبد الاعلى
عصبة فماله لعصبته لما ذكرنا ان شرط الارث بالولا ان لا يكون
للمعتق عصبة من النسب وكذلك لو ان المعتق الثاني اعتق ثالثا
والثالث اعتق رابعا فميراثهم كلهم لها اذا ماتوا اذا لم يخلف من مات
منهم مولي اقرب اليه منها ولا عصبة ولو كاتبت المراه عبدا لها فادي
ليعتق ثم مات العبد المكاتب فولاؤه لها لقوله او كاتبن وكذا لو كان
العبد المكاتب كاتب عبدا له من اكسابه فادي الاسفل اولا فعتق
كان ولاؤه لها لان الاعلى ليس من اهل الولا لانه عبد مملوك بعد
وكذا اذا اديا جميعا معا فعتقا فولاؤهما لها لقوله صلى الله عليه وسلم
او كاتب من كاتبن وكذا اذا دبرت امراة عبدا لها فماتت ثم مات العبد
كان ولاؤه منها حتى يكون للذكور من عصبتها وكذا اذا ماتت المراه
حتى عتق المدبر بموتها فدبر عبدا له ثم مات فولاؤه يكون لعصبتها
وكذا ولا اولادها وولا اولاد اولادهم الذين ولدوا من امراة
معتقه يكون لان ولاهم ثبت لها اذا كان من عصبتها وعقلهم عليهم
ايضا بلا خلاف وان كانوا من غير عصبتها فولا معتقها لولدها
الذكور ولا بابيهم وولا ابائهم لها كذا ولا ابائهم اولادهم وهذه امراة
زوجت عبدها بمولاة قوم فولدت ولدا فولا الولد يكون لمولي
امه ولا يكون للمراة منه شي **وهذا** مما لا يشك فيه لان ابا الولد
ليس لمعتق بل هو عبد مملوك ولا يتصور ولا العتاقه بدون العتق
فلو اعتقت المراة عبدها جر العبد المعتق ولا الولد الي مولاته
حتى لو مات الولد ولا وارث له كان ماله لابيه فان لم يكن له اب
بان كان مات فولاؤه للمراه التي اعتقت عبدا لها ثم ماتت ثم
مات العبد المعتق فولا معتقها لولدها الذكور وان كانوا
من عصبتها وعقله عليهم ايضا بلا خلاف وان كانوا من غير عصبتها
فولا معتقها لولدها الذكور الذين هم من غير عصبتها وعقله
على ساير عصبتها دون ولدها فان انقرض ولدها وخلفوا عصبه
لهم ليسوا من قوم المراه المعتقه ولها عصبه كان لعصبتها دون عصبة

ابنها

ابنها لان الولا للكبر وانه لا يورث وكذلك **ماروى** عن علي رضي الله عنه انه قال
يرجع الولا الي عصبتها اذا انقطع ولدها الذكور وهو قول عامة العلما واذا لم يكن
لها عصبه من نسب وكان لها موالي اعتقوها فالولا لمواليها وكان شريح
يجعل الولا بعد بنيها لعصبة البنين دون عصبتها لانه يجعل الولا الي عصبتها
اذا انقطع ولدها الذكور وهو قول عامة العلما واذا لم يكن لها عصبه
من نسب وكان لها موال اعتقوها فالولا لمواليها وكان شريح رحمه الله يجعل
الولا ميراثا كالمال **وبيان هذه الجمله** امراة اعتقت عبدا لها ثم ماتت
وتركت ابنها واخاها ثم مات العبد المعتق فماله لابنها لا لاخيها بلا
خلاف فان مات ابنها وترك خاله واباه فان الولا للخال دون الاب
لان الخال اخ المعتقه وهو عصبتها والاب لا قرابه بينه وبين المعتقه
وعلى قول شريح الولا للاخ ينبغي ان يكون للاب لا للخال لان الاب عصبة
الابن وكذلك ان مات الابن وترك اخا لاب او عما او جدا من قبل ابيه او ترك
ابني عم او ترك موالي ابيه فهذا كله سوا والولا يرجع الي عصبة الام
الاقرب منهم فالاقرب ان كان لها بنو عم يرجع اليهم وان لم يكن وكان لها
موالي اعتقوها يرجع الولا اليهم وفي قول شريح لا يرجع الولا ويمضي على جهته
وعن الشعبي وابن ابي ليلى ان الولا للذكور من ولدها والعقل عليهم ايضا دون
ساير عصبة المعتقه وقالا كما يرثونه كذلك يعقلون عنه لان الخراج بالضمان
والصحيح قول العامه **لماروي** ان الزبير وعليا اختصما الي عمر رضي الله عنه
في ولا موالي صفيه بنت عبد المطلب فقال الزبير هي امي وانا ارثها ولي
ولاها وقال علي بني عمتي وانا عصبتها وانا اعقل عنها فلي ولاها فقضى
عمر بالولا للزبير وبالعقل على علي والمعنى فيه ان استحقاق الميراث
بالعصوبه والابن في ذلك مقدم على الاخ وابن العم فاما العقل فبالتناصر
الا ترى ان اهل الديوان يتعاقلون بالتناصر ولا ميراث بينهم ولا عصوبه
والتناصر لها ولولاها بقوم ابيها لا بابنها كذلك يتبع الميراث لا محاله
الا ترى ان الرجل يرثه ولده الذكور والاناث واخوانه ولو جنى جنايه
لها عقل كان عقلها على عصبته دون ولده واخوانه ولو اعتق امة له ثم
غرقا جميعا ولا يدري ايهما مات اولا لم يرث المولي عنها منها وكان ميراثه
لعصبة المولى ان لم يكن لها وارث **واصل المسئله** الغرقا والهدما
لا يرث بعضهم من بعض عندنا وهو قول عامة الصحابه لان كل امرين
حادثين لا يعرف تاريخهما جعل كانهما وقعا معا **و**المسئله تعرف في كتاب
الفرايض **ومنها** انه لازم حتى لا يقدر المعتق على ابطاله حتى لو اعتق
عبده سائبه بان اعتقه وشرط ان يكون سائبه لا ولا له عليه كان شرطه
باطلا وولاؤه له عند عامة العلما وقال مالك رحمه الله ولاه لجماعة المسلمين

والصحيح قول العامه لقوله صلى الله عليه وسلم الولا لمن اعتق وكذا لا يملك احد نقله الي غيره حتى لا يجوز بيعه وهبته والتصدق به والوصيه وهذا قول عامة العلما رضي الله عنهم وقال بعضهم يملك نقله بالبيع وغيره واحتجوا بما روي ان اسما اعتقت عبدا فوهبت الولا لابن عباس ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الولا لحمة كلحمة النسب واما ما روي عن اسما فيحتمل ان يكون معناه وهبت له ما استحقت بالولا وهو المال فرواه الراوي لا لكونه مستحقا بالولا ونحمل علي هذا توفيقا بين الدلايل وكذا اذا باع عبدا وشرط علي المشتري وشرط ان يكون ولاه له فالشرط باطل ويكون ولاوه للمشتري اذا اعتقه وكذا اذا اعتق عبده وشرط ان يكون ولاه لجماعة المسلمين لم يصح ويكون ولاوه له لما روينا وروي ان عايشه لما اشترت بريره شرط عليها ان يكون ولاها لمواليها فخطب النبي صلى الله عليه وسلم وقال في خطبته ما بال اقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله كل شرط ليست في كتاب الله فهو باطل وان كان مايه شرط وهل يحتمل الولا التحول من محل الي محل ينظر فيه ان ثبت بايقاع العتق فيه لا يتحول ابدا لقوله الولا للمعتق لمن اعتق الزم الولا المعتق وان ثبت بحصول العتق لغيره تبعا يتحول اذا قام دليل التحول وبيان هذه الجمله عبد تزوج امة لقوم فولدت منه ولدا فاعتقها مولاها وولدها او كانت حبلي به حين اعتقها او اعتقها فولدت بعد العتق لاقل من ستة اشهر او كانت معتده من طلاق او موت فولدت لتمام سنتين من يوم الموت والطلاق وقد اعتق الاب رجل احر كان ولا الاب الولد الذي اعتقه مع امه ولا يتحول الي موالي ابيه وان اعتق ابوه بعد ذلك لانه لما اعتقها فقد ثبت ولا الولد بايقاع العتق فيه فلا يحتمل التحول وكذا اذا اعتقها وهي حبلي لما قلنا وكذا اذا اعتقها ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر من وقت الاعتاق لانا تيقنا بكونه في البطن وقت الاعتاق لان الولد لا يولد لاقل من ستة اشهر من وقت الاعتاق لانا تيقنا بكونه في البطن وقت الاعتاق لان الولد فيثبت ولاوه بالاعتاق فلا يتحول ولو جات بولد لستة اشهر فصاعدا يتحول ولاوه الي موالي الاب لانا لم نعلم يقينا انه كان في البطن وقت اعتاق الام فيجعل كانها حبلت بعد العتق فيكون حرا تبعا للام ويثبت الولا من موالي امه علي جهة التبعيه وولا الولد اذا ثبت لموالي الام علي وجه التبعيه يتحول الي موالي الاب اذا اعتق الاب لما نذكر واذا كانت الامة معتده من طلاق او موت فان نسب الولد يثبت الي سنتين لان الوطي كان حراما فيجعل مدة الحمل سنتين ويحكم بكون الولد في البطن يوم الاعتاق فاذا حكمنا بوجوده

يوم الاعتاق فلا يتحول الي غيره واذا كانت المعتقة تحت مملوك فتعتقت فولدت عتق الولد بعتقها لان الولد يتبع الام في الرق والحريه فاذا عتق ابوه جر ولا الولد الي مولاه هكذا روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه قال اذا كانت الحره تحت مملوك فولدت عتق الولد بعتقها فاذا اعتق ابوه جر الولا وعن الزبير بن العوام انه ابصر فتية لعسا اعجبه ظرفهم وامهم مولاه لرافع بن خديج وابوهم عبد لبعض الحرقه من جهينه او لبعض اشجع فاشترى الزبير اباهم فاعتقه ثم قال انتسبوا الي وقال رافع بل هم موالي فاختصما الي عثمان رضي الله عنه في ولا الولد فقضى بولايهم للزبير يعني ان الاب جر ولا ولده الي مولاه وهو الزبير حين اعتقه الزبير وكان ذلك بمحضر من الصحابه رضي الله عنهم ولم ينقل انه انكر عليه احد فيكون اجماعا ولان الاصل في الولا هو الاب لان الولا لحمة كلحمة النسب والاب هو الاصل في النسب حتى ينسب الولد الي الاب ولا ينسب الي الام الا عند تعذر النسبه الي الاب فكذا في اعتبار الولا وانما يعتبر جانب الام عند تعذر الاعتبار من جانب الاب بان لم يكن من اهل الولا ولا تعذر ههنا فيعتبر جانبه ولان الاذن بالولا من طريق العصوبه والتعصيب من قبل الاب اقوي ولو مات الاب عبدا او لم يعتق كان ولا ولده لموالي الام ابدا لتعذر اعتبار جانب الاب واما الجد فهل يجر ولا الجد وهو بان كان الاب الذي هو عبد اب عبد وهو جد الصبي فاعتق الجد والاب عبد علي حاله قال عامة العلما رضي الله عنهم لا يجر ولا يكون مسلما باسلام الجد وولا الاولاد ابنه العبد لموالي الام لا لموالي الجد وقال الشعبي يجر ويكون مسلما باسلام الجد وجه قوله ان الجد يقوم مقام الاب في الولاية فان الاب اذا كان عبدا تتحول الولاية الي الجد فكذا يقوم مقامه في جر الولاء والاسلام ولنا ان الاب فاصل بين الابن والجد فلا يكون الابن تابعا له في الولا والاسلام ولان الجد لو جر الولا لكان لا يثبت الولا لموالي الام راسا اذ لا شك ان اصله حرا ما اجداد الاب او من قبله من الاجداد الي ادم فلما ثبت الولا لموالي الام في الجمله ثبت ان الجد لا يجر وكذا لا يصير مسلما باسلام الجد لانه لو صار مسلما باسلام الجد لصار مسلما باسلام جد الجد ولكان الناس كلهم مسلمين باسلام ادم وينبغي ان لا يجوز استرقاق احد والمعلوم بخلافه فثبت ان القول بجعل الولد تابعا للجد في الولا باطل واما بيان قدره فالولا يثبت بقدر العتق لان سبب ثبوته العتق والحكم يتقدر بقدر السبب وبيانه في العبد المشترك بين اثنين اعتق احدهما نصيبه وهو موسر او معسر وقد ذكرنا الاختلاف فيه في كتاب العتاق بنا علي تجري العتق وعدم تجزيه والله الموفق واما بيان حكم الولا فله احكام منها الميراث وهو ان يرث المعتق مال المعتق لما ذكرنا من الادله ويرث مال اولاده عند وجود شرط الارث وهو ما ذكرنا ومنها تحمل العقل للتعصيب في النصره والحفظ ومنها ولاية الانكاح لانه اخر العصبات ثم اذا ورث المعتق مال المعتق

فان كان المعتق معلوما يدفع اليه وان لم يعلم توقف الولا كما اذا اشترى رجل عبدا ثم
ان المشتري اقر ان البايع كان اعتقه قبل ان يبيعه فهو حر وولاه موقوف اذا جحد
البايع اذ لم يثبت في حق البايع باقرار المشتري لتكذيب البايع اياه وثبت في حقه
لانه في اقراره على نفسه مصدق ان لم يصدق على غيره فيثبت اعتاق البايع في حقه
فيثبت حرية العبد في حقه لكن ليس له ان يرجع بالثمن على البايع لان اقراره بالاعتاق
لم ينفذ في حقه لتكذيبه اياه فلم يثبت عتق العبد في حقه **واما** كون الولا موقوفا
فلانه لا يمكن اثباته للمشتري لانه لم يوجد منه الا اقرار باعتاق العبد من نفسه
ولا يمكن اثباته للبايع لان اقرار المشتري لم ينفذ عليه فلم يكن المعتق معلوما
فبقي ولا العبد موقوفا على تصديق البايع له وورثته فان صدقه البايع لزم
الولا لوجود الاعتاق منه باقراره ولزمه رد الثمن الى المشترى لانه تبين
انه باع حرا وكذا اذا مات البايع فصدق ورثته المشتري لان ورثته قاموا
مقام الميت فصار تصديقهم كتصديق الميت **هذا** اذا اقر المشتري باعتاق
البايع فان اقر بتدبير وانكر البايع فمات البايع عتق العبد لان اقرار المشتري
بالتدبير من البايع اقرار منه باعتاقه العبد بعد موته فاذا مات نفذ
اقراره في حقه ان لم ينفذ في حق البايع لما بينا فيحكم بحرية العبد على المشتري
وولاوه يكون موقوفا لما قلنا الا اذا صدقه ورثة البايع بعد موته فيلزم
الولا البايع استحسانا والقياس ان لا يلزمه في هذا وفي الوجه الاول ايضا
وجه القياس ان ولا الميت لم يثبت فالورثة بالتصديق يريدون اثبات
ولا لم يثبت له فلا يملكون ذلك كما لا يملكون اثبات النسب عليه **وجه الاستحسان**
ان تصديقهم اقرار منهم بما يملكون انشا سببه في الحال لانهم يملكون اعتاق العبد
للحال فكان اقرارا على انفسهم بثبوت الولا لهم في الحقيقة فيصح اقرارهم في حق
انفسهم بثبوت الولا وكذلك امة بين رجلين شهد كل واحد منهما انها ام ولد
صاحبه وصاحبه ينكر فاذا مات احدهما عتقت وولاوها موقوف **اما** العتق
فلان كل واحد منهما اقر صاحبه بعتقها عند موت صاحبه فيصح اقرار كل واحد
منهما في حق نفسه ويكون ولاوها موقوفا لان كل واحد منهم نفى الولا عن نفسه
والحقه بصاحبه فانتفى عن نفسه ولم يلحق بصاحبه فبقي موقوفا وكذلك عبد
بين رجلين فقال كل واحد منهما لصاحبه انك قد اعتقت هذا العبد وجحد
الاخر فالعبد حر وولاوه موقوف حتى لو مات وترك مالا يرثه واحد منهما ويوقف
في بيت المال الى ان يصدق احدهما صاحبه لما قلنا وعلى هذا امسايل **ثم** كل ولاه
موقوف فميراثه يوقف في بيت المال وجناية العبد على نفسه لا يعقل عنه بيت المال
وانما يوقف لبيت المال لان ولاوه موقوف لا يعرف لمن هو فكان ميراثه موقوفا
ايضا لانه يثبت به فيتوقف في بيت المال كاللقطة **واما** جنايته فانما لا يعقل عنه
بيت المال لان له عاقلة غير بيت المال وهو نفسه فلا يجوز حمل عقله على بيت المال

ويصير

ويصير هو عاقلة لنفسه في هذه الحالة لجهالة مولاه بخلاف الميراث لانه يمكن
اثباته لغير مستحقه ولا يستحق الا احدهما وهو غير معلوم فيوضع في بيت المال
ضرورة **وهذا** بخلاف اللقيط انه يرثه بيت المال ويعقل عنه ايضا لان ههنا
ولاوه ثابت من انسان الا انه لا يعرف ويجعل العقل على بيت المال اذا لم يكن
ولاوه ثابت الا ان ميراثه يوضع في بيت المال لانه مال ضايع ولم يثبت
ولا اللقيط من احد فكان عقله على بيت المال كما ان ميراثه لبيت المال والله اعلم
واما بيان ما يظهر به الولا فالولا يظهر بالبينة مرة وبالاقرار اخرى
اما البينة فنحو ان يقول يدعي رجل انه وارثه لولا العتاقة فشهد شاهدان
ان هذا الحي اعتق هذا الميت وهو يملكه وهو وارثه ولا يعلمون له وارثا غيره
جازت الشهادة لا يقصر شهدوا شهادة مفسرة لا جهالة فيها فتقبلت ولو شهدا
ان الميت مولاه وانه وارثه لا وارث له غيره لم تجز الشهادة حتى يفسروا الولا
لان الولا يختلف وقد يكون ولا عتاقه وقد يكون ولا مولاه واحكامهما مختلفة
فما لم يفسر كان مجهولا فلا تقبل الشهادة عليه وكذلك لو شهد وان الميت
مولاه مولا العتاقة لم تجز ايضا لان مولى العتاقة نوعان اعلى واسفل
واسم المولى يستعمل في كل واحد منهما على السوا فلا تقبل الشهادة الا بالبيان
والتفسير ولو ادعى رجلان ولاه بالعتق واقام كل واحد منهما البينة جعل
ميراثه بينهما لانهما استويا في سبب الاستحقاق وهو الدعوى والحجة فيستويان
في الاستحقاق ولو وقتا وقتا فالسابق وقتا اولى لانه اثبت العتق في وقت
لا ينازعه فيه صاحبه فكان الباقي مستحقا عليه ولو كان هذا في ولا الموالاه
كان صاحب الوقت الاخر اولى لان ولا الموالاه يحتمل النقض والفسخ فكان
عقد الثاني نقضا للاول الا ان يشهد شهود صاحب الوقت الاول انه كان قد
عقل عنه لانه حينئذ لا يحتمل النقض فاشبه ولا العتاقة واذا اقام رجل البينة
انه اعتقه وهو يملكه لا يعلمون له وارثا سواه فقضى له القاضي بميراثه وولايه
ثم اقام اخر البينة على مثل ذلك لم يقبل الا ان يشهدوا انه اشتراه من الاول قبل
ان يعتقه ثم اعتقه وهو يملكه فيبطل قضا الاول لان الاصل ان القاضي اذا
قضى بقضيه فانه لا يسمع ما ينافيها الا اذا تبين ان القضا الاول باطل
واذا لم يشهدوا انه اشتراه من الاول قبل ان يعتقه لم يتبين بطلان القضا
الاول فلا تقبل البينة من الثاني الا اذا قامت على الشرا من الاول قبل ان يعتقه
ويقضي للثاني ويبطل قضاوه للاول لانه تبين بهذه الشهادة ان الاول اعتق
ما لا يملك فتبين انه وقع باطلا وصح الثاني **واما** الاقرار فيجوز ان يقر
رجل انه مولى لفلان مولى عتاقة من فوق او من تحت وصدقه الاخر وهو مولاه
يرثه ويعقل عنه قومه لان الولا سبب يتوارث به فيصح الاقرار به كالنسب
والنكاح فان كان له اولاد كبار وانكروا ذلك فقالوا ابونا مولى عتاقة لفلان

اخر فالاب يصدق على نفسه والاولاد مصدقون على انفسهم وان كان الاولاد صغارا
كان الاب مصدقا عليهم لان له ولاية على اولاده الصغار الا ترى انه لو عقد مع
انسان عقد الولا تبعه اولاده الصغار وان كذبته الام ونفت ولاءه لم يلتفت الى
قولها ويوخذ بقول الاب لان الاب اذا كان حيا كانت الولاية له والولا يشبه
النسب والنسب الى الاباء وكذلك ان قالت ام ولدي من غيرك لم تصدق لانهم
في يد الاب دون الام فلا تصدق الام انهم لغيره فان قالت ولدته بعد عتقي
بخمسة اشهر فهو مولى المولى وقال الزوج ولدته بعد عتقك بستة اشهر فالقول
قول الزوج لان الولد ظهر في حال يكون ولاوه لمولى الاب والمراة تدعي انها
ولدت في حال يكون ولاه لمولى الام فكان الحال شاهدا للزوج فلا يقبل قولها
الا ببينه ونظير هذا الزوج والمراة اذا اختلفا فقال احدهما كان النكاح قبل
ستة اشهر والولد من الزوج وقال الاخر كان النكاح منذ اربعة اشهر فالقول
قول الذي يدعي ان النكاح قبل ستة اشهر لان الولد ظهر في حال اثبات النسب
من الزوج وهو حال قيام النكاح ويصح الاقرار بولا العتاقة في الصحة والمرض
لانه سبب التوارث فيستوي فيه الصحة والمرض كالنسب والنكاح ولو قال
اعتقني فلان وفلان وادعاه كل واحد منهما على صاحبه فهذا الاقرار باطل
لانه اقر لمجهول فان اقر بعد ذلك لاحدهما او لغيرهما انه مولاه جاز لان اقراره
الاول وقع باطلا لجهالة المقر له والولا يثبت من المجهول كالنسب فبطل
والتحق بالعدم فبعد ذلك له ان يقر لمن شا والله اعلم **فصل واما**
ولا الموالاة **فالكلام** فيه في مواضع **في** بيان ثبوته شرعا **وفي** بيان سبب الثبوت
وفي بيان شرايط الثبوت **وفي** بيان صفة السبب **وفي** بيان حكمه **وفي** بيان صفة الحكم
وفي بيان ما يظهر به **اما الاول** فقد اختلف في ثبوت الولا **قال اصحابنا**
رضي الله عنهم انه ثابت ويقع به التوارث وهو قول عمر وعلي وابن مسعود وهو
قول النخعي وقال زيد بن ثابت انه لا يورث به ويوضع في بيت المال وبه اخذ
مالك والشافعي رحمهما الله **وجه قولهما** ان في عقد الولا ابطال حق جماعة المسلمين
لانه اذا لم يكن للعاقد وارث كان وارثه جماعة المسلمين **الا ترى** انهم يعقلون عنه
فقاموا مقام الورثة المعينين وكما لا يقدر على ابطال حقهم لا يقدر على ابطال
حق من قام مقامهم ولهذا قال اذا اوصى بجميع ماله لانسان ولا وارث له لم يصح
لانه اذا لم يكن له وارث معين كان وارثه جماعة المسلمين فلا يملك ابطال حقهم
كذا هذا **والصحيح** قولنا بالكتاب والسنة والمعقول **اما الكتاب** فقوله تعالى
والذين عاقدت ايمانكم فاتوهم نصيبهم والمراد من النصيب الميراث لانه اضاف
النصيب اليهم فيدل على قيام حق مقدر في التركه وهو الميراث لكن عند عدم
ذوي الارحام عرفناه بقولنا واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله
واما السنه فما روي عن تميم الداري انه قال سالت النبي صلى الله عليه وسلم

عمن

عمن اسلم على يدي رجل ووالاه فقال هو احق الناس به محياه ومماته اي حال حياته
وحال موته اراد به محياه في العقل ومماته في الميراث **واما المعقول** فهو ان بيت المال
انما يرث بولا الايمان فقط لانه بيت مال المومنين قال الله تعالى والمومنون
والمومنات بعضهم اولى ببعض وللمولى هذا الولا وولا المعاقده فكان اولى من
عامة المومنين والترجيح لولا العتق كذا هذا لان مولى الموالاه يتاخر عن ساير
الاقارب ومولى العتاقه يتقدم على ذوي الارحام لان الولا بالرحم فوق الولا
بالعقد فيتخلف عن ذوي الارحام وولا العتاقه مما يقدم من النعمه بالاعتاق
الذي هو احيا وايلاد معنى الحق بالتعصيب من حيث المعنى وكذلك قال النبي
صلى الله عليه وسلم الولا لحمة كلحمة النسب واما قولهما ان جماعة المسلمين ورثته
فلا يقدر على ابطال حقهم بالعقد **فنقول** انما يصيرون ورثته اذا مات قبل
المعاقده فاما بعد المعاقده فلا **والدليل** على بطلان هذا الكلام انه يصح وصيته
بالثلث ولو كان كذلك لما صحت لكونها وصية للوارث **واما** سبب ثبوته بالعقد
وهو الايجاب والقبول وهو ان يقول الذي اسلم على يد انسان له او لغيره انت
مولاي ترثني اذا مت وتعقل عني اذا جنيت فيقول قبلت او يقول له واليتك
فيقول قبلت سوا قال للذي اسلم على يديه او لاخر بعد ان ذكر الارث والعقل
في العقد وهو قول عامة العلما وقال عطا السبب هو نفس الاسلام على يده
حتى لو اسلم على يد انسان ولم يوال له فولاوه موقوف عند عامة العلما لعدم
العقد وعند عطا ولاوه للذي اسلم على يديه ولو اسلم على يد رجل ولم يوال له
ووالاه غيره فهو مولى للذي والاه عند عامة العلما وعند عطا هو مولى للذي
اسلم على يده **والصحيح** قول العامه لقوله تعالى والذين عاقدت ايمانكم فاتوهم
نصيبهم جعل الولا للعاقد وكذا لم ينقل ان الصحابه رضي الله عنهم اثبتوا الولا
بنفس الاسلام وكذا الناس كانوا يسلمون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
والصحابه والتابعين وكان لا يقول احد لمن اسلم على يد احد انه ليس له ان
يوالي غير الذي اسلم على يديه فثبت ان نفس الاسلام على يد رجل ليس بسبب لثبوت
الولا له بل السبب هو العقد **فمنها** عقد الوالدين اذ لا صحة للايجاب والقبول
بدون العقل **واما** البلوغ فهو شرط الانعقاد في جانب الايجاب فلا ينعقد
الايجاب من الصبي وان كان عاقلا حتى لو اسلم الصبي العاقل على يد رجل ووالاه
لم يجز وان اذن ابوه الكافر بذلك لان هذا عقد وعقود الصبي العاقل
انما يقف على اذن وليه ولا ولاية للاب الكافر على ولد المسلم فكان اذنه
والعدم بمنزلة واحدة ولهذا لا يجوز ساير عقوده باذنه كالبيع ونحوه كذا عقد
الموالاه **واما** من جانب القبول فهو شرط النفاذ حتى لو والى بالغ صبيا
فقبل الصبي ينعقد موقوفا على اجازة ابيه او وصيه فان اجاز جاز لان هذا
نوع عقد فكان قبول الصبي فيه بمنزلة قبوله في ساير العقود فيجوز باذن وليه

ثم شرائط الثبوت

ووصيه كساير العقود وللاب والوصي ان يقبلا عنه كما في البيع ونحوه وكذلك لو والى
رجل عبدا فقبل العبد وقف على اجازة المولى فان قبل جاز لان العبد اذا اجاز
المولى فالولا من المولى ومن الصبي اذا اجاز الاب او الوصي ويكون الولا من الصبي وانما
كان كذلك لان العبد لا يملك شيا فوقع قبوله لمولاه الا ترى انه لو اشترى شيا
كان المشترى لمولاه كذا الصبي فهو من له ولو والى رجل مكاتبا جاز وكان مولى المولى
المكاتب لان قبول المكاتب صحيح الا ترى انه يملك الشرا فجاز قبوله الا ان الولا لا يكون
للمولى لان المكاتب ليس من اهل الولا الا ترى ان الاب لو كاتب عبدا ابنه الصغير فادى
فعتق يثبت الولا من الابن واما الاسلام فليس بشرط لصحة هذا العقد فيصح فيجوز
موالاة الذمي الذمي والذمي المسلم او مسلم لذمي بالمال جازت لوصيه كذا الموالاه
وكذا الذمي اذا والى ذميا ثم اسلم الاسفل جاز لما قلنا وكذا الذكوره ليست بشرط
فيجوز موالاة الرجل امراة والمراة رجلا وكذا دار الاسلام حتى لو اسلم حربي فوالى
مسلما في دار الاسلام او في دار الحرب فهو موالاه لان الموالاه عقد من العقود فلا
تختلف بالذكورة والانوثة وبدار الاسلام وبدار الحرب ومنها ان لا يكون للعاقد
وارث وهو ان لا يكون له من اقاربه من يرثه فان كان لم يصح العقد لان القرابه اولى
من العقد ولقوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله وان كان
له زوج او زوجه يصح العقد وتعطي نصيبها والباقي للمولى ومنها ان لا يكون من العرب
حتى لو كان والى عربي رجلا من غير قبيلته لم يكن مولاه ولكن ينسب الى عشيرته وهم
يعقلون عنه لان جواز الموالاه للتناصر والعرب يتناصرون بالقبايل وانما تجوز
موالاة العجم لانه ليس لهم قبيله فيتناصرون فيجوز موالاتهم لاجل التناصر واما الذي
من العرب فله قبيله ينصرونه والنصر بالقبيله اقوى فلا يصير اقوى ولهذا
لم يثبت عليه ولا العتاقه كذا ولا الموالاه ولانه لما لم يثبت عليه ولا العتاقه
مع انه اقوى فولا الموالاه اولى وكذا لو والت امراة من العرب رجلا من غير قبيلتها
لما بينا ومنها ان لا يكون موالي العرب لان مولاهم منهم لقوله صلى الله عليه وسلم وان
مولى القوم منهم ومنها ان لا يكون معتق احد فان كان لا يصح منه عقد الموالاه لان
ولا العتاقه اقوى من ولا الموالاه لانه لا يلحقه الفسخ وولا الموالاه يلحقه الفسخ فلا يجوز
رفع الاقوى بالاضعف ومنها ان لا يكون قد عقل عنه بيت المال لانه لما عقل عنه بيت
المال لانه لما عقل عنه بيت المال فقد صار ولاه لجماعة المسلمين فلا يملك تحويله الى
احد منهم بعينه فان كان قد عقل عنه لم يجز ابدا لانه سوا كان عاقد غيره فعقل عنه
او عقل عنه بيت المال حتى لو مات كان ميراثه لمن عاقده اولا فعقل عنه او لبيت المال
لانه لما عاقد غيره فعقل عنه فقد تاكد عقده ولزم وخرج عن احتمال النقض والفسخ
لما ذكر فلا يصح معاقدته غيره وكذا اذا عقل عن الذي والاه وان كان عاقد غيره
ولم يعقل عنه جاز عقده مع اخر لان مجرد العقد بدون العقل غير لازم فكان اقدامه
على الثاني فسخا للاول واما صفة العقد فانه عقد جايز غير لازم حتى لو والى رجلا

كان

كان له ان يتحول عنه بولايه الى غيره لانه عقد لا يملك به شي فلم يكن لازما كالوكاله والشركه
لانه بمنزلة الوصيه بالمال والوصية غير لازمه فكذا عقد الموالاه الا اذا كان عقل عنه
لانه اذا عقل عنه فقد تاكد العقد بقضا القاضي وفي التحول به الى غيره فسخ قضايه
فلا يملك فسخ القضا وكذا له ان يفسخه صريحا قبل ان يعقل عنه لان كل عقد غير
لازم فلكل واحد من العاقدين فسخه كساير العقود القابله للفسخ وههنا يجوز لاحد
العاقدين فسخه وهو القابل فكذا الاخر الا انه ليس له ان يفسخه الا بحضرة الاخر
اي بعلمه لانه تعلق به حق الاخر فلا يملك اسقاطه مقصودا من غير علمه كعزل
الوكيل مقصودا من غير علمه الا ان يوالي الاسفل اخر فيكون ذلك نقضا دلالة
وان لم يحضر صاحبه او انتقاضا ضرورة لانه لا يملك غيره الا بالانفساخ الاول
فينفسخ الاول دلالة او ضرورة وقد يثبت الشي دلالة او ضرورة وان كان لا يثبت
قصدا كمن وكل رجلا ببيع عبده ثم عزله والوكيل غايب لم يصح عزله ولو باع
العبد او اعتقه انعزل الوكيل علم او لم يعلم كذا هذا واما حكم العقد فالعقل
في حال الحياة والارث بعد الموت وهو ان المولى الاعلى يعقل عنه في حال حياته
ويرثه بعد موته فيرث الاعلى من الاسفل عندنا لما ذكرنا من الدلايل فيما تقدم
ويرث الاعلى من الاسفل ايضا اذا شرط ذلك في العاقد بخلاف ولا العتاقه
ان هناك يرث الاعلى من الاسفل ولا يرث الاسفل من الاعلى لان سبب الارث
هناك وجد من الاعلى لا من الاسفل وهو العتق والسبب ههنا هو العقد و
شرطا فيه التوارث من الجانبين فيعتبر ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم
المسلمون عند شروطهم وكما يثبت حكم الولا في الرجل يثبت في اولاده الصغار
حتى لو والى الكبيرة انسانا وله اولاد صغار صاروا موالي للذي والاه وكذا
اذا والى انسانا ثم ولد له اولاد دخلوا في ولا الاب بطريق التبعيه ولان للاب
ولاية على ولده الصغير فينفذ عقده عليه ولا يصير اولاده الكبار موالي
بموالاة الاب لانقطاع التبعيه ولانه لا ولد والولاية بالبلوغ حتى لو والى
الاب انسانا وله ابن كبير فوالى رجلا اخر فولاوه له لا لمولى ابيه ولو كبر بعض
اولاده الصغار فاراد التحول عنه الى غيره فان كان المولى قد عقل عنه او
عن ابيه او عن احد من اخوته لم يكن له ان يتحول وان لم يكن عقل عن احد منهم كان له
ذلك واما جواز التحول عند عدم العقل فلانه لو كان كبيرا وقت عقد الاب لجاز
له التحول وكذا اذا كبر في العقد لان المانع من السراية في الحالين واحد وهو عدم
التبعيه والولاية واما عدم الجواز عند العقل فلما ذكرنا من اتصال قضا القاضي
به وفي التحول فسخه وهذا لا يجوز فيلزم ضرورة ولو عقدت امراة عقد الولاه
ولها اولاد صغار لا يصيرون موالي للذي والته امهم ولا تشبه الام في هذا الاب
لانه ليس للمراة ولاية على اولادها الصغار الا ترى انها لا تشتري لهم ولا تبيع عليهم
وللاب ان يفعل ذلك وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي الخلاف في المسيله

فقال يثبت حكم ولايتها في اولادها الصغار في قول ابي حنيفه رحمه الله وعندهما لا يثبت
ولو والى رجل رجلا ثم ولد له ولد من امراة قد والت رجلا فولا الولد لموالي الاب لانه
اجتمع ولان ولا الاب وولا الام فترجح جانب الام لان للاب ولاية عليهم ولا ولاية للام
الا ترى ان للاب ان يعقد على ولده عقد البيع والنكاح وليس للام ذلك فكذا عقد الولا
وكذا لو قالت وهي حبلى والا ينبيه ولا العتاقه لان في ولا العتاقه اذا اعتقها وهي
حبلى يثبت الولا بالعتق والعتق يثبت في الولد كما يثبت للام فكان للولد ولا نفسه
لكونه اصلا في العتق فاما ولا الموالاه يثبت الولا بالعقد وعقدها لا يجوز على ما في بطنها
فلم يصير الولد اصلا في الولا فكان تبعا للاب في الولا كما في المسئله الاولى وكذلك
لو كان لهما اولاد صغار فوالت الام انسانا ثم والى الاب اخر فالاولاد لموالي الام
لما قلنا ذميه اسلمت فوالت رجلا ولها ولد صغير من ذمي لم يكن ولا ولدها
لمولاها في قولهما جميعا وفي قول ابي حنيفه رحمه الله يكون ولا ولدها لمولاها بمنزلة
العتاقه **وجه قولهما** ان الام لا ولاية لها على الولد بدليل انه لا يجوز لها ان تعقد
على ولدها عقد البيع والنكاح فكذلك عقد الولا ولابي حنيفه رحمه الله ان الذمي
لا ولاية له على ولد المسلم فتعذر اثبات الولا من الاب والولا اذا تعذر
اثباته من جهة الاب يثبت من جهة الام كما اذا كان الاب عبدا ولو قدم حربي
الينا بامان فاسلم ووالى رجلا ثم سبي ابنه فاعتق لم يجر ولا الاب وان سبي
ابوه فاعتق جر ولا ابنه الي مواليه لان الابن يتبع الاب في الولا لما ذكرنا فاما
الاب فلا يتبع الابن لانه لا ينتسب اليه وانما ينتسب الابن الي ابيه فان كان الابن
اسلم ووالى رجلا لم يجر الجد ولاوه **وذكر في الاصل** وقال ان الجد لا يجر الولا
الا ان يجر ولا ابنه فيجر يجره ولا ابنه ولاوه وقال الحاكم الشهيد وجه هذه المسئله
ان يكون الاسفل مواليا والاوسط حربيا والجد معتقا فلا يجر ولا الاسفل الا
ان يسلم الاوسط ويوالي ليجر الجد ولاوه وولا الاسفل يجره ولاوه ولو اسلم حربي
او ذمي على يدي رجل ووالاه ثم اسلم ابنه الكبير على يدي رجل اخر ووالاه كان كل
واحد منهما موالي للذي والاه ولا يجر بعضهم الي بعض وليس هذا كالعتاق انه
اذا اعتق ابوه جر ولا الولد الي نفسه لان ههنا ولا كل واحد منهما ثبت
بالعقد وعقد كل واحد منهما يجوز على نفسه ولا يجوز على غيره وهناك ولا الولد ثبت
بالعقد وولا الام ثبت بالعتق وولا العتق اقوي من ولا الموالاه فيستتبع
الاقوى الاضعف وههنا بخلافه لان كل واحد منهما ليس اقوى من ولا صاحبه
لثبوت كل واحد منهما بالعقد فهو الفرق **واما صفة الحكم** فهو ان الولا الثابت
بهذا العقد لا يحتمل التمليك بالبيع والهبه والصدقه والوصيه لانه ليس
بمال فلا يكون محلا للبيع كالنسب وولا العتاقه ولقوله صلى الله عليه وسلم
الولا لا يباع ولا يوهب حتى لو باع رجل ولا مولاه او عتاقه بعبد ثم اعتقه
كان اعتاقه باطلا لانه قبضه بغير بدل اذ الولا ليس بمال فلم يملكه فلم يصح اعتاقه

كما لو اشترى عبدا بميتة او دم او خمر وقبضه ثم اعتقه كان اعتاقه باطلا ولو
باع المولى الاسفل ولاوه من اخر او وهبه لا يكون بيعا ايضا وهبة لما قلنا
لكنه يكون نقضا للولا الاول وموالاة لهذا الثاني لان الولا لا يعتاض عنها
فبطل العوض وبقي قوله الولا لك فيكون موالاة بينه وبين الثاني كما لو
سلم الشفعه بمال صح التسليم لكن لا يجب المال **واما** بيان ما يظهر به
فانه يظهر بما يظهر به ولا العتاقه وهو الشهادة المفسره والاقرار
سوا كان الاقرار في الصحة او في المرض لانه غير متهم في اقراره اذا لم يكن
له وارث معلوم ولو مات رجل فاخذ رجل ماله وادعى انه وارثه ليس
للقاضي ان يمنع منه اذا لم يخاصمه احد لان القاضي لا يدري انه لبيت المال
او لغيره وهو يدعي انه له ولا مانع عنه فلا يتعرض له فان خاصمه احد
ساله القاضي البينه لانه لا يد له فكان مدعيا فعليه البينه وبالله التوفيق

تم الجزو الثاني وهو النصف الاول من كتاب البدايع للامام الكاساني بحمد الله وعونه

يتلوه ان شاء الله تعالى في الجزو الثالث كتاب ~~[illegible]~~ الوجارات
وكان الفراغ من كتابته في يوم الاحد المبارك
عشري شهر رمضان المعظم قدره
من شهور سنه ثلاث وعشرين وستمائة
لا اله الا الله ما اقرب الموت
وما اسرع زوال الدنيا
وصلى الله على محمد
واله وسلم
تم